UNIVERSITÉ D'ALGER - FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1952 – N° 5

LA SUBROGATION RÉELLE

TOME I

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 Mai 1952 à 16 heures

PAR

M. LAURIOL, Marc, Jean,
né le 18 août 1916 à Alger (Alger)

Jury : MM. BRETON, *Président,*

CHAVANNE
FREYRIA } *Suffragants.*

1952

LA SUBROGATION RÉELLE

UNIVERSITÉ D'ALGER - FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1952 – N° 5

LA SUBROGATION RÉELLE

TOME I

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 27 Mai 1952 à 16 heures

PAR

M. LAURIOL, Marc, Jean,
né le 18 août 1916 à Alger (Alger)

Jury : MM. BRETON, *Président,*

CHAVANNE
FREYRIA } *Suffragants.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

UNIVERSITÉ D'ALGER

FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires

MM.	MILLIOT, ✻, I. ✿	Professeur honoraire, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.
	LE BRETON, ✻	Professeur à la Faculté de Droit de Lille.
	COSTE-FLORET, ✻ ..	Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier.
	MALLARME, I. ✿	Professeur honoraire.

Professeurs

MM.	BRETON, ✻, I. ✿	Doyen, Professeur de Droit civil.
	GAFFIOT, I. ✿	Assesseur du Doyen, Professeur d'Economie politique.
	CHAUVEAU, ✻, I. ✿ .	Doyen honoraire, Professeur de Droit commercial.
	VIARD, I. ✿	Professeur de Législation algérienne, tunisienne et marocaine.
	BERGER-VACHON, I. ✿	Professeur de Droit pénal.
	BOUSQUET, I. ✿	Professeur de Sociologie nord-africaine.
	ROUSSIER, I. ✿	Professeur de Droit romain.
	RODIERE, ✻, ✿	Professeur de Droit civil, en mission.
	CHEVALLIER J. ✻ ..	Professeur, détaché à l'Ecole française de Droit de Beyrouth.
	SAINT-GERMES, I. ✿ .	Professeur d'Économie politique approfondie.
	LAMBERT, ✿	Professeur de Pandectes et d'Histoire du Droit privé.
	FABRE, ✻	Professeur de Droit public, chargé de cours à la Faculté de Droit d'Aix.
	PEYREGA	Professeur de Droit et Sciences coloniales.
	MABILEAU	Agrégé.
	LEMOSSE	Agrégé.
	STARCK	Agrégé.
	CHAVANNE	Agrégé.
	BOULOUIS	Agrégé.
	TABATONI	Agrégé.
	DUPUY	Agrégé.
	BOYER Louis	Agrégé.
	FREYRIA	Agrégé.
	DERRIDA, ✻	Chargé des fonctions d'agrégé.
	GUIHO	Chargé des fonctions d'agrégé.

NOTA. — *La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

INTRODUCTION

INTRODUCTION

1. — Malgré l'autorité des auteurs qui l'ont étudiée et le nombre des décisions législatives et jurisprudentielles qui l'ont appliquée dans les différents domaines de la vie juridique, la subrogation réelle ne forme pas encore en droit français une théorie générale sanctionnée par la raison et par les faits. Fort bien vue dans certains de ses détails, la question ne fait pas l'objet d'une construction d'ensemble qui s'impose à tous (1). On a même pu écrire qu'elle a longtemps vécu à l'état « subconscient » (2).

Ce n'est certes ni dans la loi, qui malgré de nombreuses applications (3) ne fournit aucun texte de principe, ni dans la jurisprudence, dont les solutions sont surtout inspirées par des considérations propres à chaque cas particulier d'application, que l'on peut trouver un démenti à une telle affirmation.

La doctrine, en revanche, a depuis longtemps essayé d'élaborer une théorie rationnelle. Sans doute n'a-t-elle pas abouti à un résultat ralliant l'accord général ; et il semble assez vain d'en faire une analyse historique détaillée qui jetterait sur toute la matière plus de trouble que de clarté (4). C'est néanmoins elle que l'on doit d'abord et principalement consulter si l'on veut discerner, derrière la multiplicité des opinions, la variété des problèmes à résoudre, dont la confusion même constitue l'aspect de la question (Section I).

---

(1) L'état anarchique de la question est souligné, en 1868, par Flach, *Rev. hist. de droit*, 1868, pp. 448 et suivantes ; en 1901, par Demogue, *Rev. crit. de législat. et de jurispr.*, 1901, p. 237 ; en 1919, par Capitant, *Rev. trimest. de dr. civ.*, 1919, p. 385 ; en 1926, par Bonnecase, *Supplément du traité de Baudry-Lacantinerie*, T. III, 1926, N° 345 ; en 1933, par Josserand, *Cours de droit civil positif*, 2e édit., T. III, N° 72.

(2) Bonnecase, *op. cit.*

(3) Voir la liste des principaux cas légaux prévus par le Code civil et par les lois postérieures dans Capitant, *op. cit.* et *infra*, N° 628.

(4) Au surplus, cette étude a déjà été heureusement conduite par M. Henry dans sa thèse, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Nancy, 1913, titre I.

Toutefois, si l'impression retirée d'un tel examen est nécessaire pour prendre une connaissance sommaire de notre sujet, elle ne saurait suffire à le faire comprendre. Tout au plus peut-elle convaincre de l'opportunité d'une mise au point. Le présent travail n'a pas d'autre but que d'en proposer une esquisse. Mais ce but ne peut être atteint que si une synthèse élémentaire des données du problème pose la question sur ses bases rationnelles. Aussi, la position de la question sera-t-elle le second objet de cette introduction (Section II).

SECTION I

ASPECT DE LA QUESTION

2. — Deux mouvements doctrinaux ont élaboré, chacun, une construction homogène, du moins en apparence, de la subrogation réelle. Au premier, on doit la « théorie classique », issue de l'ancien droit, qui a régné en maîtresse jusqu'à la fin du XIX^e^ siècle. Au second, est imputable la « théorie moderne », forgée à l'extrême fin du XIX^e^ siècle et au cours des premières années du XX^e^. Depuis cette époque, d'autres efforts doctrinaux, non satisfaits par les précédents, se sont manifestés ; mais ils sont restés isolés les uns des autres et n'ont pas formé une théorie d'ensemble nouvelle (4 bis).

C'est l'examen sommaire de chacune de ces trois séries de tentatives qui révèle le mieux l'aspect de la question.

§ 1^er^. — La théorie classique

3. — La théorie classique construite dans l'ancien droit par Renusson (5), Lebrun (6), Pothier (7), invoquant eux-

(4 bis) On peut prendre une connaissance raccourcie de tout ce qui a été dit sur la question dans Bonnecase, *op. cit.* N^os^ 347 à 359, grâce aux abondantes citations faites par cet auteur.

(5) Renusson, *Traité de la subrogation ; Traité des propres,* chap. I, sect. X.

(6) Lebrun, *Traité des successions,* livre II, chap. I, sect. I.

(7) Pothier, *Traité de la communauté,* N° 197.

mêmes Bartole et les textes romains (8), nuancée par Merlin (9), a été reprise sous l'empire du Code civil par Flach (10) et par Aubry et Rau (11). Ces derniers la présentent comme une conséquence de leur théorie du patrimoine, ce qui explique peut-être son influence tenace encore aujourd'hui (12). La doctrine du XIX[e] siècle s'y est ralliée (13).

4. — Tous ces auteurs sont loin de s'accorder sur tous les points et nous aurons à relever maintes contradictions entre eux, voire avec eux-mêmes. C'est qu'ils se préoccupent moins d'analyser objectivement la notion de subrogation que d'en décrire l'application qui leur paraît la meilleure dans différentes circonstances. Les anciens auteurs songent surtout aux propres de succession et de communauté (qui constituaient dans l'ancien droit le domaine principal de la subrogation réelle), Aubry et Rau au patrimoine. Une méthode aussi subjective ouvre fatalement la voie aux divergences.

Il est néanmoins possible de ramener la théorie classique à quelques propositions générales constitutives d'un cadre à l'intérieur duquel se rangent tous ses partisans. Accord sur les mots peut-être plus que sur la réalité, mais qui n'en confère pas moins à la théorie une unité externe.

5. — La méthode subjective elle-même représente déjà, au demeurant, le premier élément de cette unité externe. Il apparaît dès le premier examen lorsqu'on recherche la définition classique de la subrogation.

Il est notable que les anciens auteurs donnent une définition avant tout descriptive, dans laquelle ils n'hésitent pas à inclure le mot même à définir ! Ainsi, pour Renusson (14), « la subrogation de chose est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place et qu'elle est réputée avoir

---

(8) Bartole, sur la loi 70, § 3, Dig. L. xxx, T. *de légatis*, loi 70, § 3.

(9) Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, de Guyot, 5[e] édit., T. XVI, V° Subrogation de chose.

(10) Flach, *Rev. hist. de Dr.*, 1868, pp. 448 et suivantes.

(11) Aubry et Rau, 5[e] édit., T. IX, § 575, pp. 340 et suivantes.

(12) Trois arrêts relativement récents semblent bien la rappeler : Civ., 1[er] août 1910, S. 1913. 1. 361, note Hugueney, cf. au sujet de cet arrêt, Henry, thèse citée, p. 144 ; Civ., 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305, note Mestre ; Civ., 23 mars 1925, D.H. 1925. 308. Il est notable que les ouvrages modernes présentent généralement la subrogation réelle comme une partie de la théorie du patrimoine. Cf. Planiol et Ripert, *Traité pratique*, T. III, 1926, par M. Picard, N[os] 20 et suivants : Beudant, T. IV, 1938, par Voirin, N[os] 42 et suivants ; Ripert et Boulanger, T. I, 1942, N[os] 2.523 et suivants.

(13) Toullier, T. VII, 1828, N° 97, note I ; Duranton, T. XII, 1831, N[os] 108, 111, 112 ; Demante et Colmet de Santerre, T. IV, 1883, N° 35 bis, I ; Guillouard, *Contrat de mariage*, N° 462 ; Laurent, T. IX, N° 187, T. X, N° 23.

(14) *Op. cit.*

une même qualité que l'autre ». Pothier (15), ne s'exprime pas autrement.

Et si Aubry et Rau évitent de définir la subrogation apparemment par elle-même, ils n'en donnent pas moins une description rappelant celle de Renusson, lorsqu'ils écrivent (16) : «... la subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient à remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier et pour revêtir sa nature juridique ». Définition toutefois plus étroite que la précédente, car elle est limitée au droit de propriété ; et plus imprécise, car le concept de « nature juridique » est plus vague encore que « la qualité » dont parle Renusson.

Elle est, d'autre part, plus complète puisqu'elle invoque le caractère de fiction reconnu à la subrogation. Aubry et Rau soulèvent ainsi un premier point qui rallie l'accord général, sinon unanime, de la doctrine classique et qui concerne la nature de la subrogation. Avec deux autres, relatifs au fonctionnement et aux effets de la subrogation, il constitue l'armature unitaire de la théorie qu'il nous faut exposer (17).

1er POINT. — NATURE DE LA SUBROGATION

6. — Pour les auteurs classiques, la *subrogation réelle est une fiction.* Telle est l'affirmation sur laquelle tout le monde paraît s'entendre (I). L'entente se révèle moins totale si l'on recherche l'idée que les auteurs classiques veulent exprimer par cette affirmation, c'est-à-dire quelle notion ils ont de la fiction (II) et quelles conséquences ils en font découler quant au fondement de la subrogation (III).

I. — AFFIRMATION DU CARACTERE FICTIF DE LA SUBROGATION REELLE (18)

7. — Les anciens auteurs n'ont guère mis en discussion le caractère fictif de la subrogation, Renusson (19), Lebrun

---

(15) *Op. cit.*

(16) T. IX, § 575, p. 340.

(17) Ce plan n'est pas celui des auteurs classiques. Nous le choisissons pour faciliter l'exposé sommaire de la théorie, en regroupant les éléments épars qui la composent.

(18) Pour la discussion au fond du caractère fictif de la subrogation, *cf. infra,* N^{os} 540, 543, 550.

(19) *Op. cit.*

(20), Pothier (21) l'affirment comme une vérité qui s'impose d'elle-même.

Seul, Lebrun (22) jette une note discordante en apportant quelques réserves. Pour lui, la seule subrogation qui soit fictive est celle que l'article 290 de la Coutume du Maine et l'article 273 de la Coutume d'Anjou prévoient pour la qualité de fief. Cette qualité des héritages est, pour Lebrun, intrinsèque, et c'est par une fiction que la loi peut l'appliquer à un héritage roturier alors soumis aux règles de dévolution successorale des fiefs. Les autres subrogations étant, pour Lebrun, fondées sur l'équité ne sont pas fictives.

Cette réserve de Lebrun n'a pas eu de profondes répercussions. Merlin (23), étudiant l'ancien droit, ne la reprend pas. Quant à Flach (24) et à Aubry et Rau (25), ils n'ont plus à s'en préoccuper sous l'empire du Code civil et ils se rangent purement et simplement à la thèse courante de la fiction.

Si l'accord est ainsi général sur le mot, il paraît l'être moins sur le sens qu'on lui attribue.

II. — LA NOTION DE FICTION

8. — On pourrait penser, *a priori*, que les auteurs classiques, qui ne s'expliquent pas sur ce point, ont employé ce mot dans le sens que lui donnaient les Romains, lorsque le prêteur délivrait la formule enjoignant au juge de statuer *comme si* l'action de la loi avait été intentée alors qu'elle ne l'avait pas été, ou *comme si* une condition légale qui manquait pour l'application normale du *jus civile*, était effectivement remplie (exemple : action publicienne accordée comme si le délai d'usucapion était accompli ; action *furti* accordée au pérégrin avec la fiction de la qualité de citoyen, etc...) (26).

Il est, en effet, probable que dans la mesure où cette acception romaine évoque l'idée de transposition, d'assimilation d'une situation à une autre, elle a dû influencer les anciens auteurs. Le mot même de fiction implique l'idée d'assimilation, voire de mensonge (*infra*, N^{os} 540, 543, 550 b).

Mais à ce stade, somme toute assez superficiel, s'arrête sans doute l'inspiration. La notion romaine de la fiction est trop étroitement liée au fonctionnement de la procédure

(20) *Op. cit.*
(21) *Op. cit.*
(22) *Op. cit.*, N^{os} 64 et 65.
(23) *Op. cit.*
(24) *Op. cit.*, pp. 449 et 452.
(25) *Op. cit.*, p. 340.
(26) Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{e} édit., p. 1079.

formulaire (27) pour qu'elle ait pu exercer dans l'ancien droit une influence technique substantielle. Les auteurs classiques voient probablement bien dans la fiction un mensonge ; mais sûrement pas un mensonge aussi strictement procédural. En quoi consiste-t-il alors, et par rapport à quelle vérité doit-il s'apprécier ?

9. — Il semble bien que les anciens auteurs aient surtout en vue la nature des choses. C'est avec elle que la fiction est en contradiction. La subrogation est une fiction, parce qu'elle attribue à un bien les qualités d'un autre. Or, une telle attribution est fictive dans la mesure où, dans la réalité des choses, l'identité entre deux biens n'est pas possible.

Telle est bien l'idée que paraît exprimer Merlin (28) lorsque, commentant la définition de Renusson, il déclare : « la subrogation de chose ne consiste jamais que dans une fiction, car on peut bien feindre qu'une chose est la même qu'une autre, mais on ne peut jamais réaliser cette identité (*supra*, N° 5) (29). Laurent exprime la même opinion plus nettement en affirmant que « la fiction et la nature sont incompatibles » (30). Dans cette conception, la subrogation apparaît donc bien comme fictive dans la mesure où elle postule une identité juridique contraire à la réalité.

10. — Mais une telle notion de la fiction ne peut être reconnue chez Aubry et Rau. Ces auteurs, pas plus que leurs devanciers, ne précisent ce qu'ils veulent dire lorsqu'ils parlent de fiction. Il faut le rechercher par l'analyse.

Pour eux, la subrogation réelle, « dans le sens le plus général » (*supra*, N° 5), est une fiction. Or, cette même subrogation n'est que l'expression de la fongibilité des éléments du patrimoine (31) qui lui sert de fondement au même titre qu'à la théorie des dommages-intérêts prévus par l'article 1142 du Code civil, ou qu'à l'action de *in rem verso* (32). C'est cette fongibilité essentielle qui entraîne automatiquement, logiquement et normalement la subrogation réelle. Il faut donc conclure que, au moins dans le patrimoine (et

---

(27) Cf. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, chap. V, p. 128.

(28) *Op. cit.*

(29) Il faut, néanmoins, se garder d'une affirmation trop catégorique. Ainsi, le même Renusson estime que la subrogation dans les droits universels « est naturelle et conforme au droit commun ». *Traité de la subrogation*, chap. I, N° 1. Cette opinion se rapproche de celle d'Aubry et Rau, infra N° 10.

(30) Laurent, T. IX, N° 186, p. 232.

(31) Cf. l'intitulé du § 575 (T. IX, p. 340) : « De la fongibilité des éléments du patrimoine. De la subrogation réelle. »

(32) *Op. cit.*

c'est là de beaucoup son domaine le plus important pour Aubry et Rau (*infra*, N° 18), la subrogation réelle est à la fois fictive et normale.

Dès lors, pour continuer à voir dans cette fiction une contradiction avec la nature des choses, il faudrait soutenir que la fongibilité des éléments du patrimoine est elle-même contraire à la nature des choses, et, par suite, avec elle, toute la structure du patrimoine. Aubry et Rau n'affirment rien de pareil. C'est donc qu'ils ont de la fiction une notion différente. Quelle est-elle ?

11. — A la vérité, la fongibilité des éléments du patrimoine n'est ni conforme, ni contraire à la nature des choses. C'est une création technique qui dépend d'une volonté compétente pour l'établir (33). Et la subrogation elle-même n'est rien d'autre qu'un procédé technique. Faut-il alors reconnaître que Aubry et Rau ont de la subrogation une notion purement technique rejoignant celle proposée par M. Henry (à la suite de Demogue) d'une technique simplement inhabituelle (34).

Cette conception nous paraît, en effet, traduire plus fidèlemment celle d'Aubry et Rau. Pour ces auteurs, la nature des choses ne semble guère en cause. Sans doute la subrogation est-elle fictive à leurs yeux, dans la mesure où elle est une technique, certes rationnelle, logique, dans le patrimoine, mais dans tous les cas peu usitée effectivement. La subrogation dans le patrimoine est dans son domaine technique d'élection ; elle n'y rencontre pas d'obstacle et s'y trouve dans son cadre naturel. Mais cela n'empêche pas qu'elle ait rarement l'occasion de fonctionner et que le législateur ou les particuliers n'y songent que dans des cas relativement inhabituels. Telle nous paraît être la seule notion que l'on puisse déceler chez Aubry et Rau.

12. — Elle rejoint une observation sur laquelle nous aurons à revenir (35), car elle nous semble refléter toujours aussi justement le climat psychologique de la subrogation

(33) Cf. Henry, thèse, p. 114.

(34) Henry, thèse, pp. 96 et suivantes, 577. Cet auteur propose cette conception pour l'appliquer à la fiction en général, et non spécialement aux opinions d'Aubry et Rau.

(35) *Infra*, N° 547. Il est remarquable, par exemple, qu'on ne songe généralement pas à voir une subrogation réelle dans l'exercice *normal* du droit de préférence du créancier hypothécaire sur le prix de vente de l'immeuble après saisie. Nombreux, au contraire, sont les auteurs qui reconnaissent une subrogation dans l'exercice de ce droit de préférence sur une indemnité consécutive à un accident survenu à l'immeuble (*infra*, N°s 684 et s.) ou même sur un prix de vente obtenu dans des circonstances exceptionnelles où une aliénation faite par le débiteur éteint le droit de suite (vente d'immeubles par destination,

réelle dans notre droit. Il est notable qu'on ne songe guère à invoquer la subrogation réelle, qu'à défaut d'un autre procédé technique utilisable, et, dans des hypothèses sortant plus ou moins de l'habitude.

Un tel esprit qui n'a pas disparu, mais dont les auteurs classiques sont les champions, se trouve comme synthétisé dans l'idée de fiction où il puise un renforcement singulièrement expressif. Il se manifeste pleinement dans les conséquences attachées par la théorie classique à sa notion de subrogation fictive.

III. — FONDEMENT DE LA SUBROGATION

13. — Cet esprit restrictif des auteurs classiques se marque d'abord sur une première conséquence attachée à la fiction : le fondement de la subrogation.

Les auteurs classiques sont d'accord, ici encore, sur une idée générale : le caractère fictif de la subrogation empêche cette dernière d'avoir pour fondement l'équité. Mais ils se séparent lorsqu'ils recherchent les conséquences précises de cette incompatibilité.

Nous avons déjà vu (*supra*, N° 7) que Lebrun ne reconnaît le caractère fictif qu'à la subrogation, du reste exceptionnelle, des qualités dites intrinsèques comme celle de fief. Mais il ne cantonne ainsi le domaine de la fiction que parce que très généralement, d'après lui, la subrogation « se juge par principe d'équité ». Et l'équité, en tant que fondement de la subrogation, exclut le caractère fictif de cette dernière.

Laurent, par contre, partant de la même incompatibilité aboutit à la solution exactement opposée. Pour lui, c'est la fiction qui doit exclure radicalement tout fondement d'équité. « Une subrogation d'équité, d'après cet auteur, c'est comme si l'on disait un cercle carré. » (37)

La fiction, artifice technique, ne peut avoir qu'un fondement technique. Aubry et Rau le voient dans la fongibilité qui existe entre les éléments d'un même patrimoine (38).

14. — Cette première conséquence, tirée par les auteurs classiques de la notion de fiction, demeure sur un plan théorique. Le fonctionnement de la subrogation, qui est présenté comme une deuxième conséquence de la fiction, est infini-

---

ou de matériaux de démolition). Ce trait est très notable, par exemple chez H. Capitant, *Rev. trim.*, 1919, pp. 385 et suivantes. Pourtant, il est clair que l'existence d'une subrogation ne peut dépendre de la saisie.

(36) *Op. cit.*, N°s 64 et 65.

(37) Laurent, T. IX, pp. 233, 234.

(38) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 575, pp. 340 et 341, cf. *supra*, N° 10.

ment plus important en pratique. Il donne à la théorie classique toute sa signification. Nous devons lui consacrer un second point.

2e POINT. — FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION REELLE

15. — Les auteurs classiques sont unanimes à proclamer que la subrogation réelle est une fiction et, *par suite*, de droit étroit. Les textes qui la prévoient doivent être interprétés strictement. Dans leur silence, la subrogation ne saurait jouer de plein droit (39).

C'est en fonction de ces données restrictives que les auteurs classiques déterminent le champ d'application de la subrogation réelle (I) et les volontés compétentes pour la prévoir (II).

I. — CHAMP D'APPLICATION DE LA SUBROGATION REELLE

16. — Le principe restreignant le jeu de la subrogation voit sa portée limitée aux réclamations d'objets isolés. Il ne s'applique pas aux universalités juridiques. La théorie classique s'exprime à cet égard dans deux adages devenus célèbres : « *In judiciis universalibus pretium succedit loco rei et res loco pretii* » et « *In judiciis singularibus pretium non succedit loco rei nec res loco pretii* » (40).

Cette restriction d'un principe déduit de la nature fictive de la subrogation peut surprendre. A la vérité, sa valeur logique dépend de l'idée que l'on a de la fiction.

17. — Si l'on déclare la subrogation fictive parce que contraire à la nature des choses, on doit lui conserver ce caractère dans les titres universels aussi bien que dans les titres particuliers. Et ce caractère commande l'interprétation stricte dans les deux cas. La maxime « *In judiciis universalibus...* » est illogique dans cette conception (41).

Aussi bien les auteurs classiques ne sont-ils pas unani-

---

(39) Renusson, *Traité des propres*, chap. I, sect. X, N° 2 ; Merlin, *op. cit.*, pp. 435 et 438, Flach, *op. cit.*, p. 450 ; Laurent, *op. cit.*, Aubry et Rau, *op. cit.*, pp. 343, 344, cf. Henry, thèse, pp. 25 et suivantes, 53 et suivantes.

(40) Renusson, *Traité de la subrogation*, chap. I ; Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, chap. I ; Merlin, *Répertoire Guyot*, T. XVI, V° Subrogation de chose, section I ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 575.

(41) C'est ce que remarque Demogue, *Rev. Crit.*, 1901, pp. 360 et suivantes.

mes à l'adopter. Merlin ne l'admet pas sans réticences (42). Et Flach, sentant l'illogisme, cherche à l'esquiver par une restriction. Il n'admet la subrogation en vertu de l'adage « *In judiciis universalibus...* » que si le droit porte sur une universalité *telle qu'elle sera constituée au moment de l'exercice de ce droit.* En ce cas, en effet, toutes les fluctuations antérieures sont logiquement opposables au titulaire du droit (43). Cette restriction élude le problème par une affirmation, car toute la question est précisément de savoir si les biens acquis en remplacement des biens aliénés entrent ou non dans l'universalité. Quant à Laurent, enfin, il rejette purement et simplement la maxime « *In judiciis universalibus...* ». Pour lui, « les fictions sont de la plus stricte interprétation et ne comportent pas d'interprétation extensive » (44).

Quant aux auteurs qui, tout en paraissant apprécier la fiction par rapport à la nature des choses, font leur la maxime « *In judiciis universalibus...* », c'est-à-dire la généralité des anciens auteurs (45), ils se contentent de l'affirmer en ne la justifiant que sur le terrain des textes historiques. Ils l'empruntent, en effet, à Bartole (46) et aux glossateurs qui prétendaient eux-mêmes la tirer du Sénatus-consulte Juventien, étendu par eux de la pétition d'hérédité à toutes les réclamations d'universalités (47). Depuis Merlin (48), on a pertinemment démonré (49) qu'une telle extension dénaturait les textes romains lesquels ne connaissaient qu'une seule *actio generalis,* la pétition d'hérédité, et réglaient les restitutions consécutives à cette action suivant leur théorie de l'enrichissement sans cause (50). Mais l'origine romaine de la règle importe peu. Nos anciens auteurs n'ont pas hésité à suivre les glossateurs, et, invoquant la maxime « *In judiciis*

---

(42) *Op. cit.* Cet auteur a le premier fait ressortir son caractère contestable sur le plan historique. D'autre part, dans les titres particuliers, il admet la subrogation en cas de vente lorsque le vendeur est incapable de disposer : voir *op. cit.,* sect. II.

(43) Flach, *op. cit.,* pp. 476 et suivantes.

(44) Cf. Henry, thèse, p. 55.

(45) Renusson, *Traité de la subrogation,* N^{os} 1, 3 et 4, Lebrun, Pothier, *op. cit.*

(46) Cf. Henry, *thèse,* pp. 29 à 32.

(47) Bartole, sur Dig., xxx, De legatis, loi 70, § 3.

(48) Merlin, *op. cit.,* sect. I.

(49) Flach, *op. cit. ;* Stora, *thèse,* Paris, 1901 ; Aurenge, *thèse,* Grenoble, 1910 ; Henry, *thèse,* pp. 32 à 38. Aubry et Rau, favorables à la maxime, font toutefois remarquer que, contrairement à l'opinion de Merlin (*op. cit.*), les textes romains (D. xxx, De legatis, loi 70, § 7 et loi 71) sur les fidéicommis universels sont plus favorables que contraires à la subrogation réelle (Aubry et Rau, op. cit., p. 341, note 4).

(50) V. Henry, *thèse,* pp. 33 à 35.

universalibus... », à admettre la subrogation non seulement dans les universalités juridiques comme les propres de succession (51), mais encore dans les propres de communauté ainsi que dans le douaire (52), si largement que Merlin crut devoir réagir (53).

18. — Si on ramène la notion de fiction à une technique inhabituelle, et nous avons vu qu'Aubry et Rau paraissent partager plus ou moins consciemment ce point de vue (*supra*, N° 11), la maxime « *In judiciis universalibus...* » perd son caractère illogique.

En effet, la subrogation peut très bien être à la fois relativement exceptionnelle parce qu'en fait assez rarement utilisée, et rationnellement adaptée à la structure du patrimoine. Si elle ne tire son caractère fictif que de la première constatation, il n'y a plus aucun illogisme à lui permettre de s'accomplir aisément, le cas échéant, en se fondant sur la seconde. Etant fondée sur la fongibilité des éléments du patrimoine, elle trouve dans ce dernier un terrain auquel elle est parfaitement adaptée. Elle peut donc, dans ce domaine, se réaliser normalement, si rares soient les circonstances qui en font ressentir la nécessité.

C'est seulement dans les titres particuliers que cette adaptation résultant de la fongibilité des biens fait défaut : la subrogation s'y trouve donc normalement empêchée. Sans le secours d'un texte, elle doit être alors « rejetée comme manquant de toute base rationnelle ou législative », selon les propres termes d'Aubry et Rau. En application de cette idée, la subrogation n'est pas admise, par exemple, dans l'hypothèque (54).

Ayant ainsi limité les conséquences rigoureuses de la fiction aux titres particuliers, Aubry et Rau admettent largement la subrogation dans les universalités qui revêtent le caractère du patrimoine, c'est-à-dire dans les universalités juridiques selon l'expression classique (55). Tels sont le patrimoine unique et indivisble étudié par ces auteurs (56) (ainsi la subrogation réelle doit largement jouer dans le droit de gage général des créanciers de l'article 2092 du Code civil) et quelques autres universalités ayant le caractère d'universalités juridiques, comme le patrimoine héréditaire

---

(51) V. Henry, *thèse*, pp. 49, 50 et 150 à 170.
(52) Pothier, *Traité de la communauté*, N° 197, et *Traité du douaire*, N° 87 ; v. Henry, *thèse*, pp. 48 à 51.
(53) Merlin, *op. cit.*, sect. I et II.
(54) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 344.
(55) Cf. Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de Planiol*, T. I, 1942, N°s 2521 et 2522.
(56) T. IX, § 573.

en cas de séparation des patrimoines, ou de bénéfice d'inventaire, les successions anomales, les biens de l'absent, les fidéicommis universels.

Par contre, la subrogation doit être exclue des universalités de fait, comme une bibliothèque, un troupeau, un fonds de commerce (57). Dans ce domaine, un texte est nécessaire pour la faire jouer. Et ce texte peut être soit une loi, soit une convention.

Aubry et Rau se montrent, en effet, libéraux au sujet de la compétence qui soulève une deuxième série de problèmes de fonctionnement, tranchés par les auteurs classiques.

II. — QUI PEUT FAIRE JOUER LA SUBROGATION REELLE ?

19. — La question que les auteurs classiques se posent à cet égard est celle de savoir si les conventions privées peuvent faire jouer la subrogation.

Ils y répondent très généralement par l'affirmative. Seul Flach se montre très rigoureux en déduisant du caractère fictif de la subrogation l'incompétence des particuliers pour décider celle-ci (58). Il tempère du reste cette rigueur en admettant la subrogation toutes les fois qu'elle est appelée impérieusement par un principe que le législateur a consacré.

Tous les autres auteurs classiques, même Laurent, reconnaissent la possibilité générale d'une subrogation conventionnelle (59).

3e POINT. — EFFETS DE LA SUBROGATION REELLE

20. — On retrouve en cette matière une apparente unité qui s'exprime dans l'adage « *Subrogatum sapit naturam Subrogati* ». Tant qu'il s'agit d'affirmer que la chose subrogée revêt « la même qualité » (60) que l'ancienne, qu'elle

(57) T. IX, § 575, p. 343 ; texte et notes 8 et 9.

(58) Flach, *op. cit.*, p. 450.

(59) Renusson, *Traité des propres*, chap. I, sect. X, N°s 2 et 32 ; Merlin, *op. cit.*, p. 437 (cet auteur n'admet pas la subrogation conventionnelle dans les propres de succession ; mais c'est, pour des raisons particulières à cette matière : l'impossibilité de créer par convention des indisponibilités, l'impossibilité de toucher par le même moyen à la dévolution successorale), Aubry et Rau, *op. cit.*, pp. 345 et 346, texte et notes 12 et 12 bis ; Laurent, T. X, N° 23.

(60) Renusson, définition donnée *supra*, N° 5 ; art. 94 de la coutume de Paris.

« en tient lieu » (61) et « la remplace » (62), qu'elle en emprunte « la nature juridique » (63), tout le monde s'entend.

Les divergences apparaissent lorsque des efforts sont tentés pour rechercher les réalités traduites par ces formules (64).

21. — Cette recherche est entreprise par les anciens auteurs (65). Ils essaient de donner une consistance ferme à une réalité qu'ils sentent fort bien, mais qui résiste à la systématisation.

Ils distinguent les effets de la subrogation dans les universalités et dans les titres particuliers.

Dans les universalités, c'est la qualité de *res universitatis* qui se transmet par subrogation. Cette qualité n'est autre que l'appartenance à l'universalité dont on veut fixer le régime ou l'attribution. Autrement dit, l'effet de la subrogation est la subrogation elle-même !

Dans les titres particuliers, les anciens auteurs reprennent une distinction de Dumoulin (66), entre les qualités intrinsèques et extrinsèques des choses. Ils sont d'accord pour ne transmettre par subrogation que les qualités extrinsèques. Ils se séparent lorsqu'ils veulent déterminer quelles sont ces qualités. En principe, les qualités intrinsèques dérivent de la nature des choses comme la qualité de meuble ou d'immeuble. Les qualités extrinsèques sont des qualités accidentelles et forfuites comme celles de propres de succession et de communauté. Mais d'âpres discussions opposent les anciens auteurs pour déterminer si la qualité de fief est extrinsèque ou intrinsèque. Si Renusson penche pour la première solution (67), Lebrun (68) et Pothier (69) adoptent la seconde. Cette dernière finit par prévaloir sans pourtant qu'elle paraisse davantage que la première appuyée sur la logique. De toute façon, il ne résulte pas de cette discussion d'autre conclusion que celle-ci : la subrogation, quand elle a lieu, transmet les qualités qu'elle a pour but de transmettre !

---

(61) Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence,* v° subrogation, N° 3.

(62) Renusson, *ibid.* Aubry et Rau, op. cit., p. 340, définition citée *supra,* N° 5.

(63) Denisart, *ibid. ;* Aubry et Rau, *ibid.*

(64) Pour la critique de la notion même d'effet de la subrogation, cf. *infra,* N° 452.

(65) Lebrun, *Traité des successions,* liv. II, chap. I ; Renusson, *Traité des propres,* chap. I, sect. X ; Pothier, *Traité des propres,* sect. II, § 1.

(66) Sur l'art. 30 de la Coutume d'Amiens, cf. Henry, *thèse,* p. 44, note 1.

(67) Renusson, *op. cit.,* N° 6.

(68) Lebrun, *op. cit.,* N° 69.

(69) Pothier, *Traité de la communauté,* N° 197.

Et cette conclusion particulière reflète bien celle plus générale que l'on peut tirer de l'ensemble de la théorie classique.

CONCLUSION

22. — Il semble difficile, pour conclure, de ne pas évoquer le jugement sévère de Demogue pour qui, dans l'ancien droit, il existait certaines solutions pratiques sans qu'aucun principe fût discuté (70). Il est incontestable qu'à l'intérieur d'un cadre commun qui lui confère son unité apparente, la théorie classique tout entière, et non seulement ce qui en a été élaboré dans l'ancien droit, recèle de graves insuffisances. Ces insuffisances ne devaient pas manquer d'avoir des conséquences sur l'importance de la subrogation dans notre technique juridique au XIX[e] siècle.

a) *Insuffisances de la théorie classique.*

Au point de vue théorique, les incertitudes qui planent sur des notions comme celles de fiction et d'effets de la subrogation, les contradictions dans les conséquences qu'on prétend faire découler de ces notions, condamnent la théorie classique à des faiblesses essentielles. Pour s'en tenir à l'opinion d'Aubry et Rau, qui paraît bien être la moins fragile et qui fut en tout cas la plus marquante au XIX[e] siècle, la liaison établie entre la maxime « *In judiciis universalibus...* » et la théorie du patrimoine ne manque certes ni d'ingéniosité, ni de pertinence. Mais que de criantes lacunes ! La subrogation réelle est détachée et isolée des buts qui la justifient ; par quelle vertu inexpliquée la notion d'universalité juridique peut-elle jouer un rôle actif dans le fonctionnement de la subrogation réelle ? La fongibilité des éléments du patrimoine, simple réalité technique, peut bien *permettre* la subrogation, elle ne saurait la *fonder*. De plus, cette fongibilité elle-même est entendue d'une façon surprenante. Si tous les biens du patrimoine sont fongibles entre eux, quelle utilité y a-t-il de dire que tel bien remplace tel autre déterminé ? La subrogation, exclue dans son fonctionnement par l'absence totale de fongibilité, ne l'est-elle pas, dans sa notion même, par une fongibilité absolument générale qui supprime

---

(70) Demogue, *Rev. crit. de législ. et de jurisprud.*, 1901, p. 237. Et, en 1868, Flach lui-même pouvait écrire, jugeant l'état de la question à son époque, « ...une idée nette sur l'ensemble de la matière, il vous sera difficile de la rencontrer... il faut bien le dire : il n'existe pas de théorie de la subrogation réelle ». *Rev. hist. de dr.*, 1868, pp. 448 et suivantes. Pour la critique détaillée de la théorie classique, cf. : pour la fiction, N° 543 ; pour le fonctionnement, N[os] 556 et suivants, 590 et suivants, 649 ; pour la compétence, N[os] 627 et suivants ; pour les effets de la subrogation, N° 542.

toute individualisation des biens les uns par rapport aux autres ? D'autre part, cette fongibilité qui, une fois limitée à certains bien individualisés, participe de l'essence de la subrogation n'est pas spécifique des universalités juridiques. Elle se retrouve dans les universalités de fait. Et il y a d'autant plus de raison de le souligner que l'extension de la subrogation hors des universalités juridiques est non seulement logique, mais désirable.

Sur le plan pratique, la théorie classique est, en effet, tout aussi insuffisante que sur le plan théorique. Il n'est pas niable que la subrogation réelle soit une pièce technique convenant très heureusement par exemple au fonctionnement des régimes matrimoniaux ; elle assure l'équilibre entre les masses de biens en présence, dans la mesure où elle prévient des passages injustifiés de valeurs des unes dans les autres ; il est désirable de l'étendre au delà des cas expressément prévus par le législateur ou par le contrat de mariage, dans toute la mesure permise par les principes gouvernant le régime matrimonial considéré. Elle est tout aussi souhaitable en certaines hypothèses dans des universalités de fait comme les fonds de commerce, ou dans des titres particuliers comme l'hypothèque. Il n'est ni logique, ni équitable que les accidents, entraînant allocation d'indemnités représentatives de l'immeuble hypothéqué endommagé, profitent aux créanciers chirographaires à la suite du refus de subroger ces indemnités à l'immeuble dans le droit du créancier hypothécaire.

La doctrine classique avait fini par s'enfermer dans des formules quasi cabalistiques qui l'empêchaient de satisfaire les exigeantes nécessités de la vie pratique. Les conséquences de ces insuffisances ne pouvaient manquer de se traduire dans la jurisprudence.

b) *Conséquences de ces insuffisances.*

La jurisprudence du XIX[e] siècle ne pouvant s'appuyer sur une théorie cohérente et simple a fait de la subrogation réelle des usages variés marqués surtout par le hasard des circonstances.

Elle peut paraître consacrer la théorie classique lorsqu'elle se montre favorable à la subrogation dans le droit de retour légal prévu par l'article 747 du Code civil (71), et encore plus lorsqu'elle la repousse à peu près constamment depuis 1831 dans le droit d'hypothèque en refusant d'attribuer les indemnités représentatives de l'immeuble

(71) Rouen, 11 janvier 1816, confirmé par Civ., 30 juin 1816, S. 1817. 1. 313 ; Lyon, 24 août 1871, S. 1872. 2. 121 ; Lyon, 8 avril 1895, D. 1896. 2. 225 ; cf. *infra*, N° 596.

hypothéqué aux créanciers hypothécaires suivant leur rang, si désirable qu'apparaisse cette attribution (72).

Mais la jurisprudence de la même époque s'écarte de la théorie classique en admettant très largement la subrogation dans des masses de biens ne constituant pas des universalités juridiques, comme la dot (cf. *infra*, N° 682) (73) ou les propres de communauté (cf. *infra*, N° 681) (74). Elle a peut-être été encouragée dans ce dernier domaine par l'exemple de l'ancien droit (cf. *infra*, N° 17, *in fine*), et par Aubry et Rau eux-mêmes qui se montrent, non sans illogisme, assez libéraux, du moins pour ce qui concerne la subrogation dite « au premier degré » (cf. *infra*, N° 42, note 146), dont le germe réside dans l'article 1407 du Code civil (75).

En réalité, il ne faut pas chercher dans une telle utilisation de la subrogation réelle au XIX^e^ siècle des manifestations dogmatiques procédant de soucis théoriques. On a pu dire de toutes ces décisions qu'elles sont inspirées « par de vagues considérations d'équité ou par des motifs concrets des plus variés » (76).

Toutes ces insuffisances allaient choquer davantage à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^, époque où les études juridiques connaissent un renouveau dans leur esprit et dans leur méthode. Et, à ce moment même, une série d'espèces nées de la révocation de libéralités avec charges faites à des congrégations attire l'attention des juristes sur la subrogation réelle. Sous l'impulsion de ces circonstances, un mouvement doctrinal important se dessine, se dresse contre la théorie classique et en élabore une nouvelle : la théorie moderne.

§ 2. — La théorie moderne

23. — Hardiment ébauchée par Saleilles en 1894 (77), amplement construite par Demogue en 1901 (78), la théorie

(72) Civ., 28 juin 1831, S. 1831. 1. 290 ; Grenoble, 27 février 1834, S. 1834. 2. 367, arrêt qui invoque expressément le caractère fictif de la subrogation pour la rejeter en l'absence de texte ; Req., 20 décembre 1859, S. 1860. 1. 24 ; Req., 12 mars 1877, D. 1877. 1. 97 ; Req., 2 août 1880, D. 1881. 1. 228 ; cf. *infra*, N° 689, texte et note 314.

(73) Aix, 6 janvier 1890, S. 1890. 2. 88 ; Cass., 5 janvier 1891, S. 1891. 1. 102, D. 1891. 1. 486 ; Dijon, 14 juin 1880, S. 1881. 2. 126.

(74) Req., 11 décembre 1850, D. 1851. 1. 287 ; Bordeaux, 19 mars 1857, D. 1858. 2. 61, S. 1857. 2. 534 ; Req., 11 avril 1902, D. 1903. 1. 465.

(75) Aubry et Rau, T. VIII, § 507, texte et note 23.

(76) Bonnecase, *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, T. III, N^os^ 347 et suivants.

(77) Saleilles, note, S. 1894. 2. 185 ; Saleilles a complété son opinion dans une autre note, S. 1903. 1. 321.

(78) Demogue, *Rev. crit. de législat. et de jurisp.*, 1901, pp. 236

moderne reçoit sa forme définitive et concise de la plume de Planiol en 1902 (79), et tout son développement de celle de M. Henry (80). A ces différents stades, elle n'a pas manqué de faire des adhérents (81).

Née et principalement soutenue à l'occasion d'une jurisprudence nombreuse sur la révocation des libéralités avec charges et sur les reprises exercées par les donateurs dans les biens des congrégations dissoutes (82), cette doctrine se propose un double but. Sur le plan théorique, elle entend *rationaliser* la construction en rattachant la subrogation réelle à ses causes et en en dégageant la notion des concepts classiques (fiction, patrimoine, universalités, etc...) qui finissaient par emprisonner la pensée. Sur le plan pratique, elle vise à *assouplir* le jeu de la subrogation en l'affranchissant des astreignantes formules classiques et en l'étendant à tous les cas où il apparaît économiquement ou socialement souhaitable. Sur les deux plans, il s'agit d'émanciper.

C'est assez dire quel esprit marque la théorie moderne. Il ne doit pas surprendre à une époque qui s'insurge contre la stagnation où aboutit la séculaire école de l'exégèse et qui, au nom de la libre recherche scientifique, dénonce la fragilité des concepts juridiques traditionnels et démontre que la nécessité fonctionnelle doit l'emporter sur la résistance technique (83).

---

et suivantes, 295 et suivantes, 346 et suivantes ; Demogue a maintenu sa théorie dans une note postérieure : S. 1924. 1. 337.

(79) Planiol, note, D. 1902, 1. 33 ; *adde, Traité élémentaire,* T. III, N° 922, note 1.

(80) Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale, thèse,* Nancy, 1913.

(81) Se rangeant à l'opinion de Demogue, v. Aurenge, *La subrogation réelle,* thèse, Grenoble, 1910 ; à celle de Planiol en insistant sur son aspect économique, Magnillat, *La subrogation réelle,* thèse, Lyon, 1912 ; à celle de Planiol et Henry, Maurice Picard, *Traité pratique de Planiol et Ripert,* T. III N°s 26 et suivants. Voir encore Stora, *La subrogation réelle,* thèse, Paris, 1901 ; Hugueney, note, S. 1913. 1. 361.

(82) Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185, note, Saleilles, D. 1902. 1. 34, en sous-note, a) Civ., 29 avril 1901, D. 1902. 1. 33 ; note Planiol, S. 1903. 1. 321, note Saleilles ; Civ., 1er août 1910, S. 1913. 1. 361 ; note Hugueney ; Civ., 8 juin 1912, S. 1924. 1. 340, en sous-note, a) Civ., 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305 ; note, Mestre ; Req., 10 janvier 1923, S. 1924. 1. 341, note, Demogue ; Civ., 23 mars 1925, D. H. 1925. 308.

(83) C'est l'époque où Saleilles publie *Théorie générale de l'obligation d'après le Code civil allemand,* 1re édit., en 1890, et ses travaux en matière de responsabilité délictuelle fondée sur le risque, comme sa note au D. 1897. 1. 433 ; cf. Gény, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles,* extrait de *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles,* Paris, A. Rousseau, 1914, pp. 3 à 63 ; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1re édit., 1 vol., en 1899, puis en 1914 et 1915, en 2 vol.,

24. — Dans le domaine précis de la subrogation réelle, cet esprit devait faire subir à la théorie classique un sort voisin de celui réservé plus généralement à l'école de l'exégèse. Alors que la conception unitaire du patrimoine léguée par Aubry et Rau est décriée et qu'on attire l'attention sur la multiplicité des patrimoines d'affectation (84), cette notion même d'affectation va dominer la théorie moderne. La subrogation réelle est présentée comme le moyen par excellence d'assurer la réalisation d'une affectation ou, plus accessoirement, l'exécution d'une obligation de restitution malgré les fluctuations matérielles. L'affectation licite *commande* valablement ses moyens de réalisation qui, en cas de fluctuations matérielles, sont représentés par la subrogation réelle.

Telle est l'idée maîtresse qui inspire la théorie moderne et qu'on retrouve lorsqu'on recherche la façon dont cette théorie conçoit la nature, le fonctionnement et les effets de la subrogation réelle (85).

1er POINT. — NATURE DE LA SUBROGATION REELLE

25. — L'attitude de la théorie moderne à l'égard de la fiction est indiquée, dès 1894, par Saleilles (86) en ces termes : « La fiction, lorsqu'on néglige pour chaque cas particulier de la soumettre à une critique attentive, est bien le plus mauvais de tous les raisonnements ». L'hostilité de principe ainsi exprimée, traduit bien la position générale des auteurs modernes vis-à-vis de l'affirmation classique (cf. *supra*, N° 7).

Toutefois, le jugement porté par Saleilles en 1894 n'aboutit pas, d'emblée, à une condamnation sans réserves. Dans sa note de 1894, la « critique attentive » conduit Saleilles à conserver encore à la fiction une place limitée et liée au pouvoir qu'ont les particuliers de faire jouer la subrogation.

Pour Saleilles, la subrogation est fictive lorsqu'elle trans-

---

Science et technique en droit privé positif ; Demogue, en 1911, ses *Notions fondamentales du droit privé ;* Duguit, en 1912, ses *Transformations du droit privé.*

(84) V. Gazin, *Thèse sur la notion de patrimoine,* Dijon, 1910.

(85) Ce plan n'est pas plus celui des auteurs modernes que des auteurs classiques. Nous le choisissons encore pour les mêmes raisons qui nous l'ont fait adopter dans l'exposé de la théorie classique, cf. *supra,* N° 5, note 17.

(86) Note, S. 1894. 2. 185.

porte d'un bien sur un autre des qualités qui échappent à l'emprise des conventions privées. Alors, seule la loi peut la créer ; et il convient de l'interpréter strictement. Telles sont, par exemples, les subrogations prévues dans les titres particuliers par la loi du 19 février 1889 qui attribue certaines indemnités aux créanciers hypothécaires et privilégiés suivant leur rang (subrogation qui suppose, d'après Saleilles, le caractère immobilier de l'indemnité, caractère que la loi seule peut attribuer à un meuble par nature), et, dans les titres universels, par l'article 747, al. 2, du Code civil relatif à l'exercice du droit de retour de l'ascendant donateur (la dévolution successorale ne peut être réglée que par la loi).

A l'inverse, la subrogation n'est pas fictive lorsqu'elle se produit dans des qualités qu'il est au pouvoir des conventions privées d'attribuer aux biens. Ainsi ne sont pas fictives, dans les titres particuliers, la subrogation dans les propres de communauté ou dans le régime dotal ; dans les titres universels, la subrogation dans les substitutions permises ou dans les biens grevés de fondation.

Ce système original, encore influencé par les idées classiques, pour la première fois alors, sérieusement critiquées, semble bien abandonné en 1903 (87) par son propre auteur qui rejoint à cette date les autres auteurs modernes.

26. — Pour Demogue et pour Planiol (88), la subrogation réelle n'est jamais une fiction, car elle n'attribue au bien nouveau aucune « qualité» , aucun « caractère » qu'il ne puisse naturellement supporter. Elle le soumet seulement à l'affectation ou à l'obligation de restitution qui grevait le bien remplacé.

Et M. Henry, après avoir, avec pertinence, démontré que le mot «fiction» ne désignait généralement rien d'autre qu'une technique inhabituelle (89), développe la pensée des auteurs précédents et explique pourquoi « la subrogation n'est ni de près ni de loin une fiction » (90). Dans les hypothèses où la subrogation est appelée à fonctionner, c'est-à-dire dans des cas où il existe initialement sur un ou plusieurs biens une affectation, ou une obligation de restitution, *l'objet véritable du droit n'est plus un bien déterminé, mais une valeur.* Il s'ensuit que : 1° la subrogation réelle loin d'être anormale est, au contraire, le complément obligé de l'affectation, les fluctuations matérielles ne modifiant pas l'objet d'un droit

---

(87) Dans sa note, S. 1903. 1. 321.

(88) Demogue, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, 1901, pp. 249 et suivantes ; Planiol, note, D. 1902. 1. 33, et *Traité*, T. III, N° 922, note 1.

(89) Henry, thèse citée, pp. 96 à 101.

(90) *Ibid.*, p. 379.

qui porte sur la valeur (91), et, 2° la subrogation réelle n'est pas inhabituelle, car elle trouve sa place dans une technique juridique qui organise de plus en plus largement le régime des valeurs sans avoir à modifier pour autant sa structure traditionnelle (92).

Après cette condamnation, la notion de fiction devait cesser d'intéresser la doctrine de la subrogation réelle. Les auteurs contemporains ne s'en préoccupent plus (cf. *infra*, N^os^ 36 et suivants).

Ainsi, l'idée d'affectation en valeur explique la nature même de la subrogation réelle. Cette idée domine davantage encore le fonctionnement de la subrogation.

2e POINT. — FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION REELLE

27. — Les notions d'affectation et d'obligation de restitution délimitent le champ d'application de la subrogation réelle et déterminent qui peut la faire jouer.

I. — CHAMP D'APPLICATION DE LA SUBROGATION REELLE

28. — Les auteurs modernes entendent élargir considérablement le jeu de la subrogation réelle en le libérant des entraves que lui opposait la théorie classique. Pour opérer cet affranchissement, ils ont principalement recours à l'idée d'affectation et accessoirement à celle d'obligation de restitution. Ces deux notions ouvrent deux compartiments d'inégale étendue au jeu de la subrogation réelle.

Cette détermination du champ d'application de la subrogation s'est du reste faite en trois étapes.

29. — La première étape, franchie par Saleilles en 1894 (93), puise son point de départ dans la maxime classique « *In judiciis universalibus...* » elle-même. Saleilles l'admet bien ; mais pour remarquer aussitôt que les universalités juridiques ne se ramènent pas au seul patrimoine créé par la loi. Elles sont beaucoup plus nombreuses et peuvent parfaitement naître des conventions privées. Les patrimoines

---

(91) *Ibid.*, pp. 379 et 390-391.

(92) *Ibid*, pp. 379 à 391 ; Magnillat, thèse citée, pp. 79 et 311 et suivantes, estime, lui aussi, qu'avec l'organisation du régime des valeurs « la subrogation, de fiction qu'elle était dans notre ancienne législation, est devenue une réalité économique ».

(93) S. 1894. 2. 185.

de fondation représentent l'exemple le plus typique de ces universalités conventionnelles.

L'unité de ces masses de biens vient de leur affectation à un but déterminé ; et la subrogation réelle est appelée, en cas de fluctuation matérielle, à assurer la pérennité de cette affectation.

Ainsi, apparaît l'idée destinée au succès. Saleilles l'a lui-même reprise et développée en 1903 en insistant sur la suffisance d'une convention générale d'affectation pour entraîner ultérieurement, à l'occasion, la subrogation réelle, sans qu'une nouvelle convention spécialement subrogatoire soit requise (94). Mais avant même 1903, la notion d'affectation avait été complètement dégagée par un autre auteur, des attaches avec la théorie classique que Saleilles lui avait conservées. Une seconde étape était franchie.

30. — Cette seconde étape est l'œuvre de Demogue, en 1901 (95).

Cet auteur commence par dénier tout rapport entre la subrogation et la notion d'universalité. D'abord, il n'existe pas pour Demogue de véritable universalité ayant des traits caractéristiques. Le caractère principal que l'on vise par ce terme est le lien unissant les parties d'un tout (96). Or, ce lien existe également dans des masses de biens auxquelles il est classique de refuser le caractère d'universalité, comme la dot ou les propres de communauté. Ensuite, dans ce que les auteurs classiques qualifient d'universalités, la subrogation ne se produit pas à proprement parler parce que la notion de remplacement n'a pas à jouer. Ainsi, le droit de gage général des créanciers (article 2092 du Code civil) porte sur tout le patrimoine du débiteur au moment de l'exécution de l'obligation. Il englobe, certes, les biens acquis en remploi de ceux qui ont été aliénés entre la naissance et l'exécution de l'obligation. Mais ce n'est pas à titre de biens de remploi ; c'est à titre de biens à venir. Cela est si vrai que le droit de gage porte sur des biens reçus à titre gratuit qui n'en remplacent aucun autre. Et la même remarque vaut pour tous les groupes de biens considérés dans leur ensemble au

---

(94) Note, S. 1903. 1. 321 ; dans cette note, Saleilles critique l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 qui avait fondé la subrogation dans la reprise exercée par un donateur, à la suite d'une révocation de la donation pour inexécution des charges, sur un accord spécial intervenu postérieurement à la donation pour remplacer l'immeuble donné par un autre dans l'exécution de la charge. Pour l'appréciation du bien fondé de cette solution, cf. *infra*, N^{os} 613 et suivants.

(95) *Rev. crit.*, 1901, pp. 295 et suivantes, 360 et suivantes.

(96) Le deuxième caractère classique, l'existence d'un passif, n'est pas en cause ici.

moment de l'exécution : fonds de commerce, troupeaux, bibliothèques, etc... L'idée d'universalité est donc à rejeter dans le fonctionnement de la subrogation réelle.

Ayant ainsi fait place nette, Demogue élabore sa propre construction.

Il reprend d'abord la notion d'affectation et, la mettant en premier plan, il en fait la première cause et le principal champ d'application de la subrogation réelle. Celle-ci a lieu chaque fois qu'une valeur est affectée à un but; peu importe que le droit par lequel elle s'exerce porte sur un ensemble de biens ou sur un bien isolé. Dans les deux cas, la subrogation a pour seule raison l'exécution de l'affectation et non la réunion des biens en une universalité. Ainsi, les créanciers hypothécaires, par exemple, doivent se voir largement attribuer les indemnités représentatives de l'immeuble hypothéqué (97).

A ce premier domaine de la subrogation, Demogue en ajoute un second qui comprend les cas où les biens sont soumis à une obligation de restitution. Alors, pour éviter l'enrichissement sans cause de celui qui a aliéné le bien d'autrui par lui détenu, il faut permettre au revendiquant de reprendre les biens acquis en remplacement du bien aliéné. La subrogation réelle s'impose donc ici en application du principe qui pousse à éviter les enrichissements sans cause (98). Et ce principe étant général, la subrogation doit s'accomplir aussi bien dans la revendication de biens isolés que dans celle d'universalités.

C'est donc à une émancipation complète et à un rejet intégral de la maxime « *In judiciis universalibus...* » que Demogue aboutit. Le point extrême de la théorie moderne est ainsi atteint. Une troisième étape devait marquer une régression du reste limitée.

31. — La troisième étape s'analyse en une sorte de rectificatif à la précédente apporté par Planiol (99), confirmé par M. Henry (100). Aussi libéraux que Demogue, pour ce qui concerne la subrogation dans les biens affectés, ces auteurs la refusent sans texte dans la revendication des biens isolés, car cette revendication, à la différence de l'action réelle générale (ou revendication d'universalité), ne porte pas sur la valeur. Elle est étroitement liée à l'individualité

(97) *Op. cit.*, p. 306. On se souvient que la théorie classique (*supra*, N° 18) et Saleilles lui-même (*supra*, N° 25) refusaient cette solution.

(98) Demogue, *op. cit.*, p. 302. Pour la critique de cette opinion, v. *infra*, N°s 326 et suivants et 531 et suivants.

(99) Planiol, note, D. 1902. 1. 33, col. 2, et *Traité*, T. III, N° 922, note 1.

(100) Henry, thèse, v. notamment, p. 111.

physique du bien réclamé et ne peut donc sans texte être étendue à un autre bien. Du moment où la chose ne peut plus être réclamée en nature, la revendication n'est plus possible et le propriétaire n'a plus qu'une action personnelle fondée sur l'enrichissement sans cause (nettement distinguée de la subrogation) (101) contre le détenteur qui l'a indûment aliénée.

Il en va différemment de l'action réelle générale qui porte sur une universalité considérée dans sa valeur globale, et ne soulève, par suite, qu'une question d'origine des biens. Sur ce point, la maxime « *In judiciis universalibus...* » recouvre son empire, du moins d'après Planiol qui, sans guère s'expliquer, en donne comme exemples la subrogation dans le droit de retour légal prévue par l'article 747 du Code civil et celle que l'article 132 du même Code édicte dans la restitution des biens de l'absent (102). On peut se demander si cet auteur n'admet ainsi la subrogation que dans les restitutions d'universalités juridiques. M. Henry, beaucoup plus explicite, l'étend aux réclamations d'universalités de fait (103), mais ne l'étudie effectivement que dans les restitutions d'universalités juridiques (104).

En tout cas, M. Henry est d'accord avec Planiol pour déclarer qu'en toute hypothèse la subrogation dans les restitutions d'universalités est légale. Mais ce point concerne la façon dont les auteurs modernes déterminent qui peut faire jouer la subrogation.

II. — QUI PEUT FAIRE JOUER LA SUBROGATION ?

32. — Pour les auteurs modernes cette détermination, surtout traitée par Planiol et par M. Henry (105), dépend, elle aussi, de leur distinction fondamentale.

Dans les biens affectés, la subrogation découle directement et nécessairement de l'affectation. C'est donc la compétence en matière d'affectation qui, seule, compte. Ici, les auteurs modernes affirment sans analyser vraiment, lorsqu'ils déclarent qu'aujourd'hui toutes les affectations sont contractuelles (conventions matrimoniales, fondations, libéralités avec charges, etc...) et que les affectations légales ont disparu de notre droit privé (106).

---

(101) Planiol, note citée, p. 33, col. 2.
(102) Planiol, *Traité*, T. III, N° 922, note 1.
(103) Henry, *op. cit.*, pp. 337-338.
(104) Henry, *op. cit.*, titre III, chap. III, sect. I, III, IV.
(105) Planiol, *op. cit.* ; Henry, *op. cit.*, pp. 119 à 122.
(106) Henry, *op. cit.*, pp. 151 à 153. Pour la critique de cette idée, cf. *infra*, N° 472.

Dans les biens soumis à restitution, la subrogation est légale. Cette affirmation vaut pour l'action réelle spéciale à propos de laquelle la subrogation doit résulter d'une disposition législative particulière (107). Elle s'applique aussi à l'action réelle générale, la loi seule pouvant soumettre une masse de biens à restitution. Affirmation qui peut surprendre de la part de M. Henry puisque, d'une part, nous avons vu que cet auteur comprend dans ces masses de biens les universalités de fait (108) et, d'autre part, admet que les universalités de fait n'échappent pas au pouvoir des conventions privées (109).

3e POINT. — EFFETS DE LA SUBROGATION REELLE

33. — Les auteurs modernes ayant démontré avec tant d'éclat que la subrogation n'est que le maintien sur le nouveau bien de l'affectation ou de l'obligation de restitution auxquelles l'ancien était soumis, on eût pu s'attendre à ce qu'ils mîssent en évidence qu'il n'est jamais question de transférer les qualités d'une chose, mais celles d'un droit, et que ce transfert constitue non pas un simple effet, mais la substance même de la subrogation (cf. *infra*, N° 542). Peut-être au fond l'ont-ils senti. Toujours est-il qu'ils sont ou muets ou discrets sur la question des effets de la subrogation (110).

34. — Dans la mesure où ils s'en occupent, ils ne font pas, en tout cas, œuvre très originale.

Selon M. Henry, par exemple (110), les effets de la subrogation dans les biens soumis à restitution se ramènent au transfert de la qualité de *res universitatis*, c'est-à-dire à l'imputation du nouveau bien à la masse à restituer. M. Henry avoue lui-même que c'est « fort peu de chose » (111) ; mais il ne souffle mot de ces prétendus effets de la subrogation lorsqu'elle se produit quelquefois dans la revendication d'objets isolés comme c'est le cas, par exemple, dans l'hypothèse prévue par l'article 575, al. 2, du Code de commerce (112).

---

(107) Cf. *supra*, N° 32, et Henry, op. cit., titre III, chap. II.

(108) Cf. *supra*, N° 31, et Henry, op. cit., pp. 337-338.

(109) Henry, *op. cit.* ; par exemple pp. 7 et 107.

(110) Demogue, *Rev. crit.*, 1901, pp. 24 et suivantes ; Henry, *op. cit.*, pp. 112 à 119.

(111) Henry, *op. cit.*, p. 116.

(112) Cf. Henry, *op. cit.*, rapprocher pp. 115, 116 et 320 à 322.

Aux effets de la subrogation dans les biens affectés, M. Henry applique la vieille distinction entre qualités intrinsèques et extrinsèques, que les auteurs classiques réservaient à la subrogation dans les titres particuliers (*supra,* N° 21). Les qualités intrinsèques des choses comme celles de meubles et d'immeubles ne se transmettent pas par subrogation. Les qualités extrinsèques comme celles de bien dotal, de bien propre, de bien de fondation se transmettent. Il serait évidemment difficile de pas le reconnaître, car si elles ne se transmettaient pas, il n'y aurait pas de subrogation !

CONCLUSION

35. — Il convient, pour conclure, de mesurer dans un aperçu d'ensemble toute la portée du rôle attribué par les auteurs modernes, aux notions d'affectation et de restitution. Cette portée révèle à la fois les mérites et la lacune majeure de la théorie moderne. Elle explique de surcroît les réactions de la jurisprudence et de la doctrine contemporaine devant la théorie moderne.

a) *Mérites de la théorie moderne.*

Les auteurs modernes n'ont pas manqué de dire pourquoi l'affectation des biens à un but déterminé et plus accessoirement l'obligation de les restituer, entraînent nécessairement, à leur sens, la subrogation. C'est parce que dans ces hypothèses, *l'objet véritable du droit n'est pas un bien matériel, mais la valeur qu'il représente* (113).

Sur le plan théorique, cette idée a comme « revivifié » la théorie de la subrogation réelle si abstraite chez les classiques (*supra,* N° 22, a), en la rattachant à son fondement véritable et en mettant en lumière sa signification sociale et économique. Elle a, de plus, apporté quelque précision dans la notion même de subrogation en montrant que les qualités transmises par elle sont celles-là même qui expriment l'affectation ou l'obligation de restitution.

Sur le plan pratique, le jeu de la subrogation réelle s'est trouvé heureusement assoupli et étendu aux hypothèses où la subrogation est désirable : régimes matrimoniaux, hypothèques, etc..., la subrogation devient un instrument maniable s'adaptant aux exigences de l'évolution sociale.

---

(113) Cf. *supra,* N° 26. Tous les auteurs modernes se rangent à cette affirmation capitale ; cf. Planiol, *op. cit.* ; Demogue, *Rev. crit.,* 1901, pp. 249 et suivantes et note S. 1924, I. 337, § III ; Henry, *op. cit.,* pp. 109, 331 à 338, 379, 390 et 391 ; Aurenge, *thèse citée,* p. 65 ; Magnillat, *thèse citée,* pp. 284 et suivantes.

Ce sont tous ces mérites que Demogue a lui-même soulignés en déclarant voir dans la subrogation réelle « un affinement du droit se poursuivant sous nos yeux par le passage, dans une civilisation avancée, de la considération des objets concrets à celle des valeurs » (114). En un mot, les auteurs modernes ont libéré la subrogation de ses entraves traditionnelles pour la rattacher à ses seuls buts. Tels sont à la fois l'incontestable mérite et la lacune majeure de la théorie.

b) *Lacune majeure de la théorie moderne.*

Négligeant les critiques de détail (115), il convient de mettre cette lacune en lumière, car c'est elle qui condamne la théorie moderne à l'insuccès.

S'il est très judicieux de reconnaître que le fait même du remplacement d'un bien par un autre en tant qu'objet d'un droit, atteste que l'on s'intéresse plus à la valeur qu'à l'individualité physique des biens, il est téméraire d'en conclure sur le plan technique que ce droit a pour objet la *seule valeur* et non les biens eux-mêmes. Du reste, en attribuant à l'affectation la vertu magique de transformer ainsi l'objet des droits, les auteurs modernes ont exclu, sans s'en apercevoir, la subrogation de cet objet. Car enfin, « *subroger* » veut dire « *remplacer* ». Or, le remplacement ne s'opère qu'entre les biens matériels. Il ne peut donc concerner un objet détaché de ces biens et limité à une valeur continue. Dans cette conception, la subrogation n'intervient plus dans l'objet lui-même. C'est bien ce qui se passe dans la théorie jurisprudentielle de la dotalité incluse où l'existence d'un droit portant vraiment sur une valeur rend superflu le recours à la subrogation (*infra,* N° 484).

Mais, hormis ce cas très exceptionnel, l'affectation, même si elle ne vise en fin de compte que la valeur, se moule dans des droits ordinaires qui, eux, s'appliquent aux choses. Par suite, c'est leur objet même que la subrogation concerne ; et, par l'effet de celle-ci, le droit intéressé aura simplement eu *deux objets matériels successifs.*

La subrogation ne permet l'appréhension d'une valeur que par l'intermédiaire obligé des biens matériels qui contiennent cette valeur. La subrogation réelle s'insère donc nécessairement dans une technique matérialiste.

---

(114) Demogue, note, S. 1924, 1. 337, § III.

(115) Pour les critiques des différents points de cette théorie, voir : pour la distinction elle-même des notions d'affectation et de restitution, *infra,* N^{os} 412 et suivants ; et pour les rapports de ces idées avec la valeur, *infra,* N^{os} 434 et suivants ; pour la compétence, *infra,* N^{os} 471 et suivants et N^{os} 630 et suivants ; pour leur suffisance, *infra,* N^{os} 613 et suivants.

Et il est fort possible que cette technique ne soit pas indifférente à l'individualité matérielle des biens et, par suite, ne permette pas le fonctionnement de la subrogation. A partir du moment où l'affectation ne s'applique à la valeur que par l'intermédiaire d'un bien matériel, il peut très facilement arriver qu'elle reste attachée à ce bien et se trouve ainsi comme emprisonnée dans un droit empreint d'un véritable *intuitus rei*. N'est-ce pas le cas, par exemple, d'une hypothèque où la valeur en capital d'un immeuble est incontestablement affectée au paiement préférentiel du créancier hypothécaire (le droit de préférence, but essentiel de l'institution, n'est pas autre chose qu'une affectation de la valeur en capital), mais où la loi organise une technique en quelque sorte conservatoire construite sur le patron d'un droit réel (article 2114 du Code civil) rigoureusement individualisé par son assiette et régi par la double règle de la spécialité matérielle dans sa constitution (article 2129 du Code civil) et dans sa publicité (article 2148, 5°, du Code civil) ? N'est-ce pas le cas également d'un usufruit où la valeur d'une chose affectée, en revenus cette fois, à l'usufruitier se réalise par le moyen d'un droit réel qui s'individualise avec la chose sur laquelle il porte ? Quelque juste désir que l'on en puisse avoir, les droits réels d'hypothèque et d'usufruit ne peuvent se transporter de bien en bien sous la *seule* impulsion de l'affectation qui les motive et à l'unique condition d'individualisation de la valeur représentée par ces biens (116). S'ils expriment indéniablement une affectation en valeur, laquelle constitue logiquement un *but* de la subrogation, ils n'ont pas pour autant cette valeur pour unique objet et ils ne constituent donc pas un *moyen* normalement adapté au fonctionnement de la subrogation.

En méconnaissant ainsi les servitudes qu'une technique parfois inadaptée peut imposer, les auteurs modernes, certes très audacieux, ont fait bon marché d'une organisation juridique que la subrogation doit bien employer pour se réaliser. Un tel défaut, à la fois pratique et théorique, ne pouvait laisser ni la jurisprudence, ni la doctrine indifférentes.

c) *La théorie moderne devant la jurisprudence et devant la doctrine contemporaine.*

Il était inévitable que la jurisprudence, gardienne de la

(116) Et encore convient-il de remarquer que les auteurs modernes n'ont pas fait de la « représentation réelle » une étude rationnelle générale. Elle est pourtant dans leur opinion la seule condition juridique véritable de la subrogation. Pour ce qui concerne le rôle joué par l'intérêt des tiers dans l'accomplissement de la subrogation. Cf. *infra*, N°s 701 et suivants.

rectitude technique, fût sensible à ce défaut. Chargée de l'application concrète des institutions, elle ne pouvait que reculer devant le principe même d'une émancipation qui représente leur méconnaissance.

Les décisions intervenues en matière de libéralités avec charges (117) contredisent la théorie moderne. Elles n'admettent la subrogation que sur une décision spéciale conventionnelle (118). En l'absence de cette décision spéciale, la Cour de Cassation a refusé la subrogation dans trois arrêts qui, par leurs dates (1910, 1920 et 1925) et par leurs termes, sont une réponse à la théorie moderne. « L'affectation par donation, d'une somme d'argent à un objet déterminé, dit la Chambre civile, ne rentre dans aucun des cas de subrogation réelle établis par la loi, et, dès lors, n'emporte pas *par elle-même*, substitution de l'objet à la somme d'argent. » (119) La réponse est un démenti (cf. *infra*, N^os^ 590 et 619) (120). La Cour de Cassation n'a pas accueilli la théorie moderne qui n'a du reste pas reçu un meilleur accueil jurisprudentiel en matière de sûretés réelles (*supra*, N° 22, note 75 ; *infra*, N° 689, texte et note 314) (121).

La doctrine, de son côté, ne devait pas lui donner son adhésion (122). Il est notable que MM. Ripert et Boulanger, dans la refonte qu'ils ont faite du Traité élémentaire de Planiol, aient bien accordé de l'importance aux idées d'affectation et de restitution, mais sans reprendre pour autant la théorie de Planiol (123).

---

(117) Voir cette jurisprudence citée, *supra*, N° 23, note N° 87, et commentée au cours de ce travail, principalement en 2^e^ partie, titre II, chap. II, et, spécialement, *infra*, N^os^ 620 et suivants, 660 et suivants.

(118) Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185 : Saleilles, dans sa note, puis Planiol (D. 1902. 1. 33) et Henry (thèse, pp. 3 et 4) voient dans cet arrêt un succès de leurs idées ; bien à tort, comme le remarque Bartin (Aubry et Rau, T. IX, § 575, p. 346, note 12 bis), car cet arrêt analyse soigneusement l'accord des intéressés à la subrogation (cf. *infra*, N° 623 texte et note 119). Civ., 29 avril 1901, S. 1903. 1. 321 : arrêt dont précisément Saleilles critique, dans sa note, l'exigence d'une convention spéciale de subrogation (cf. *supra*, N° 29). Req. 10 janvier 1923, S. 1923. 1. 341 : Demogue, dans sa note, remarque qu'au lieu de statuer comme elle l'a fait, la Cour de Cassation eût pu se ranger à la théorie moderne.

(119) Civ., 1^er^ août 1910, S. 1913. 1. 305, note Hugueney ; Civ., 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305, note Mestre ; Civ., 23 mars 1925, D. H. 1925. 308.

(120) Les termes de ce démenti nous paraissent, du reste, trop généraux. Ils ne sont fondés qu'à l'égard des droits attachés à l'individualité matérielle de leur objet, cf. *infra*, N^os^ 619 et 690.

(121) V. Aix, 30 juillet 1940. J. C. P., 1940, II, 1519.

(122) M. Picard (Planiol et Ripert, *Traité pratique*, T. III, N^os^ 26 et suivants) excepté.

(123) Et sans du reste proposer une autre théorie, cf. Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire du droit civil de Marcel Planiol*, T. I,

Aussi, en 1919, malgré tant d'explications antérieures, Capitant pouvait-il écrire qu'il n'existait pas encore de « systématisation » de la subrogation réelle ! (124). La condamnation est ici explicite et, du reste, suivie d'un nouvel effort de construction théorique. Celui-ci représente la première des tentatives doctrinales récentes, dont il nous faut maintenant aborder l'examen.

§ 3. — La doctrine récente

36. — La doctrine postérieure à la théorie moderne se ramène à des études peu nombreuses et hétérogènes. Deux d'entre elles émergent par leur importance relative : ce sont celles de Capitant et de Bonnecase. Comme il n'existe entre elles aucun lien, il convient de les exposer isolément.

1er POINT. — L'ESSAI DE H. CAPITANT (125)

37. — Estimant insuffisantes sur les plans théorique et pratique la doctrine classique qu'il critique et la doctrine moderne qu'il délaisse, Capitant tente de renouveler aussi bien la notion même que le domaine de la subrogation réelle. Nous nous proposons de décrire sa tentative sur ces deux points (I et II), et d'en faire ensuite une appréciation critique (III).

I. — NOTION DE LA SUBROGATION REELLE (125)

38. — Après avoir relevé les imprécisions des définitions classiques (cf. *supra*, N° 5) et constaté qu'il est difficile de trouver mieux à cause de la variété des circonstances où se produit la subrogation réelle, Capitant renonce à toute définition dogmatique. Il adopte, pour saisir la notion de subrogation, une méthode qu'il qualifie de descriptive, et, qui l'est, en effet, au point de devenir intuitive. Elle consiste à relever des cas d'application et, en les généralisant, à dégager la notion de subrogation.

Capitant part de trois exemples : celui de l'article 132 du Code civil prévoyant la restitution à l'absent de retour

---

1942, N°s 2526 à 2528. Comparer Planiol, *Traité élémentaire*, T. III, N° 922, note 1.

(124) H. Capitant, Essai sur la subrogation réelle, *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1919, p. 385 et suivantes.

(125) Capitant, *op. cit.*, § 1.

du prix de ses biens vendus par l'envoyé en possession, ou des biens acquis en emploi de ce prix ; celui des articles 1407 et 1434 du Code civil déclarant propres sous le régime de communauté les immeubles acquis pendant le mariage en échange et en remploi d'un propre ; celui, enfin, du privilège du vendeur de meubles qui s'exerce sur le prix de vente d'une sous-aliénation faite par l'acquéreur, à condition que ce prix soit encore dû.

Capitant recherche dans chacun de ces trois cas la raison de la subrogation et la généralise. Dans le premier cas, la raison de l'article 132 du Code civil est la protection des intérêts de l'absent qui, sans la subrogation, verrait son droit de propriété changé en un droit de créance. Cette raison doit pousser à faire jouer la subrogation dans toutes les situations analogues où une masse de biens appartenant à autrui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur qui aura valablement aliéné certains de ces biens (par exemple l'héritier apparent).

Dans le second cas, les articles 1407 et 1434 du Code civil réalisent l'équilibre entre la communauté et chacun des patrimoines propres. La subrogation fait pièce à la théorie des récompenses, laquelle n'intervient qu'à la dissolution de la communauté. Ce souci d'équilibre est de mise chaque fois qu'il existe dans un patrimoine un îlot de biens soumis à un régime juridique particulier, différent de celui des autres biens du même individu. On doit toujours, alors, faire appel à la subrogation réelle comme pouvant seule maintenir cet îlot de biens.

Dans le troisième cas, la subrogation est inspirée par l'équité. Elle permet au vendeur privilégié, privé de droit de suite, de ne pas être lésé par la sous-aliénation. Mais la subrogation ne peut s'étendre aux biens acquis avec les deniers provenant du prix de la sous-aliénation ; une fois que le prix est payé, le droit de préférence est éteint puisqu'il n'a pas été exercé en temps utile. L'équité empêche de le faire reparaître au détriment des autres créanciers. Ici encore, la généralisation est possible ; et il faut déclarer que le prix est toujours subrogé à la chose aliénée au profit de celui qui avait sur cette chose un droit de propriété qui s'est éteint par le fait de l'aliénation.

Etant ainsi parvenu à trois propositions générales. Capitant n'essaye pas d'en induire une notion unique. Il remarque seulement que dans les deux premiers cas, la subrogation relève de la technique juridique ; et dans le troisième, de l'équité. Il annonce ainsi le plan de sa propre construction à laquelle il arrive, non sans avoir rapidement rejeté la théorie classique (126) comme inutile (notamment dans

(126) Capitant, *op. cit.*, § 2.

la mesure où elle prétend expliquer le droit de gage général des créanciers par la subrogation réelle) (*supra*, N° 22), trop étroite et inexacte (surtout en ce qui concerne les effets de la subrogation). Cette construction consiste essentiellement à reclasser les différents cas d'application qui constituent le domaine de la subrogation réelle.

II. — DOMAINE DE LA SUBROGATION REELLE

39. — Ce domaine se divise en deux compartiments, suivant que la subrogation a pour fondement l'utilité technique ou l'équité.

A. — UTILITÉ TECHNIQUE DE LA SUBROGATION (127)

40. — La subrogation joue un rôle technique dans deux groupes de situations qui sont constituées par généralisation des deux premiers exemples dont Capitant est parti (*supra*, N° 38).

1°) Ce sont d'abord les cas où des biens peuvent se trouver soumis à un régime juridique différent de celui des autres biens composant le même patrimoine. Ce groupe n'est que la généralisation de la subrogation prévue par les articles 1407 et 1434 du Code civil déclarant propres sous le régime de communauté les immeubles acquis en échange ou en remploi d'immeubles propres.

Le rôle de la subrogation est d'assurer la conservation de la masse particulière tout en maintenant la libre circulation des biens qui la composent. On doit seulement apporter à la subrogation un tempérament en exigeant une publicité dans l'intérêt des tiers et une exception imposée par la force des choses (par exemple lorsque les deniers sont confondus en fait avec le reste du patrimoine) ou par des principes particuliers (comme le fonctionnement du quasi-usufruit des choses consomptibles par le premier usage, article 587 du Code civil).

Ainsi, dans les régimes matrimoniaux, la subrogation est la règle sous la communauté, car elle conserve l'intégrité des propres. Elle doit être étendue au delà des prévisions résultant expressément des articles 1407 et 1434 du Code civil, sous le seul tempérament, en cas d'emploi et de remploi, d'une double déclaration imposée dans l'intérêt des tiers, lors de l'acquisition. De même, la subrogation joue pleinement son rôle conservateur de la dot en régime dotal, sous la réserve fondamentale, imposée par l'article 1553 du Code civil, que la dotalité d'un bien ne peut résulter que de

(127) Capitant, *op. cit.*, § 3.

la loi ou du contrat de mariage (128). La subrogation est encore plus de règle dans les biens réservés de la femme exerçant une profession séparée. Il n'y a ici aucun tempérament exigeant des déclarations d'emploi, ni aucune exception venant de l'usufruit de la communauté ou du mari.

En dehors des régimes matrimoniaux, la subrogation doit remplir sa mission conservatrice à l'égard : des biens successoraux, par rapport aux autres biens de l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire ; des biens grevés de charges ou de fondation au profit des bénéficiaires de la charge ou de la fondation (et non au profit du donateur agissant en révocation) ; des biens grevés de substitution ; des biens qui forment une succession anomale (articles 747, 766, 351 et 352 du Code civil (129).

2°) Ce sont ensuite les situations où deux patrimoines se trouvent momentanément réunis entre les mains d'une même personne.

Ce groupe est la généralisation de la subrogation prévue par l'article 132 du Code civil (*supra*, N° 38). Il ne comprend guère, outre ce cas, que celui des biens héréditaires détenus par un héritier apparent, dont les aliénations d'après la jurisprudence doivent être respectées par l'héritier véritable. La subrogation, encore que prévue par aucun texte, doit être largement admise, car elle conserve au patrimoine héréditaire son intégrité malgré les aliénations faites par l'héritier apparent.

B. — SUBROGATION DU PRIX A LA CHOSE ALIÉNÉE (130)

41. — Cette subrogation a pour fondement l'équité. C'est pourquoi elle se produit *toujours* contrairement à l'adage classique « *In judiciis singularibus...* »

Si le droit éteint par l'aliénation est un droit de préférence, son titulaire peut l'exercer sur la créance du prix. C'est le cas des privilèges mobiliers, des privilèges généraux, même dans la mesure où ils portent sur des immeubles si on admet qu'en ce cas ils ne comportent pas le droit de suite, des privilèges immobiliers et des hypothèques, dans les

---

(128) Et il faut encore, sur ce point, ajouter le jeu de la dotalité incluse dans les paraphernaux.

(129) Mais, en ce cas, la subrogation doit être, selon Capitant, limitée aux précisions de l'art. 747 du Code civ. qui ne la prévoit que pour l'action en reprise et pour la créance du prix de vente. La raison en est que, par la vente, le *de cujus* donataire avait entendu exhéréder le donateur. Et si celui-ci succède à la créance du prix par subrogation, c'est parce que le prix est *toujours* subrogé à la chose (*infra*, N° 41). Nous verrons (*infra*, N° 444) ce qu'à notre sens on doit penser de l'opinion de Capitant sur ce point particulier.

(130) Capitant, *op. cit.*, § 5.

cas exceptionnels où l'aliénation éteint le droit de suite (aliénation d'immeubles par destination, de matériaux de démolition).

Si le droit éteint par l'aliénation est un droit de propriété, l'équité commande plus encore la subrogation du prix à la chose. C'est pourquoi l'article 575, alinéa 2, du Code de commerce, dérogeant à la règle de l'égalité des créanciers en matière de faillite, permet aux propriétaires de marchandises consignées au failli de revendiquer le prix qui peut en être dû si le failli les a vendues. La même solution doit être donnée, sur la base de l'article 958 du Code civil, au profit du donateur agissant en révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Et la jurisprudence fait une juste application de la même idée lorsqu'elle fait tomber dans l'indivision pour la soumettre au partage la créance du prix de l'immeuble indivis licité à un tiers (131).

Dans tous ces cas, la subrogation réelle n'a lieu que sur le prix encore dû, car le droit de préférence, attribut du droit réel, est définitivement éteint par le paiement du prix et ne peut renaître à l'encontre des autres créanciers. D'autre part, la subrogation n'est pas possible lorsque le bien sort du patrimoine autrement que par une vente ; elle doit notamment être exclue, sauf texte contraire, en cas d'échange ou de destruction suivie d'indemnité ; le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires, par exemple, ne passe pas en principe sur les indemnités dues pour destruction de l'immeuble grevé.

42. — Capitant conclut (132) par une brève et nouvelle présentation des cas où se produit la subrogation réelle.

Dans un premier domaine, pour des raisons d'équité, la subrogation se produit au premier degré (*infra,* N° 351) (133), du moins sur la créance du prix de vente. C'est une subrogation limitée, mais qui se produit toujours et dans tous les cas au profit de ceux qui ont intérêt à l'invoquer.

Dans un second domaine, beaucoup plus limité, la subrogation joue un rôle purement technique en conservant l'intégrité des différentes masses de biens. Mais dans ces cas, son effet est plus complet et elle se produit éventuellement au second degré.

---

(131) Cassat. Ch. Réunies, 5 décembre 1907, D. 1908. 1. 113, note Colin.

(132) Capitant, *op. cit.,* § 5.

(133) La subrogation est dite au premier degré lorsque la fluctuation qui l'occasionne résulte d'une seule opération (échange, vente, destruction suivie d'indemnité, etc...). Elle est dite au second degré en cas de fluctuation accomplie en deux temps, comme le remploi.

III. — APPRECIATION CRITIQUE

43. — Dans son ensemble, la tentative de Capitant parvient à s'affranchir des formules traditionnelles et modernes. Très empirique, elle suit les faits de près et s'écarte de tout dogmatisme astreignant. Là est, à notre sens, sa principale qualité.

Mais de là aussi découle directement son premier défaut qui est son insuffisance. Un second, plus important, s'y rattache indirectement, c'est l'illogisme. Et les résultats pratiques auxquels aboutit cette thèse ne sont pas faits pour compenser ses défauts théoriques (134).

44. — La construction de Capitant est insuffisante dans la mesure où elle décrit seulement le jeu de la subrogation, sans l'expliquer. Ce trait caractéristique frappe dès l'abord par le nombre d'affirmations particulières ou générales devant lesquelles on se trouve placé.

Même si l'on admet toutes les solutions particulières proposées par Capitant (135), on ne peut s'empêcher de voir dans ses divisions maîtresses un classement et, dans ce qu'elles contiennent, une description casuistique (136) de la subrogation. Pourquoi doit-on protéger par la subrogation davantage les intérêts du demandeur à la pétition d'hérédité que ceux du demandeur à la revendication ? Pourquoi la subrogation joue-t-elle au profit du bénéficiaire de la charge inscrite dans une donation et non au profit du donateur agissant en révocation ? Pourquoi le propriétaire renvendiquant a-t-il droit au prix de sa chose vendue et non à l'indemnité représentant sa chose détruite ? Pourquoi, lorsque le prix a été versé au possesseur, le droit de préférence du propriétaire s'éteint-il *définitivement* sans pouvoir renaître en cas de remploi ? Ce ne sont là que quelques-unes des questions auxquelles Capitant n'apporte pas les réponses susceptibles d'éclairer quelque peu la subrogation réelle.

Lorsque Capitant généralise la solution de l'article 132

---

(134) Pour les critiques des différents points particuliers traités par Capitant, voir *infra*, nos rubriques traitant de ces points. Pour la critique de l'extinction *définitive* du droit de préférence par le paiement du prix et l'analyse du remploi, voir *infra*, N°s 586 et suivants ; pour la critique de la subrogation au premier degré dans le droit de propriété, voir *infra*, N° 658 ; dans le droit d'usufruit, voir *infra*, N° 664 ; dans les sûretés réelles, *infra*, ibid.

(135) Et ce n'est pas notre cas. Cf., par exemple, en matière de successions anomales, *infra*, N° 596 ; surtout en matière de propriété, *infra*, N°s 656 et suivants ; en matière de privilèges et d'hypothèques, *infra*, N°s 664, 690 et suivants.

(136) Ainsi, sous la rubrique « Utilité technique de la subrogation », Capitant ne fait qu'énumérer, en les décrivant, *les cas* où la subrogation présente une telle utilité (cf. *supra*, N° 40). Le caractère erroné de cet intitulé ne saurait échapper.

à toutes les réclamations de masses de biens parce que la subrogation protège les intérêts du demandeur, il affirme une solution désirable, sans dire si elle est possible et sans expliquer pourquoi elle ne s'applique pas aux réclamations d'objets isolés. Il affirme encore lorsqu'il généralise la subrogation des articles 1407 et 1434 du Code civil à tous les cas où elle peut utilement assurer l'équilibre entre des masses de biens ; ou lorsque invoquant la seule équité, il transporte les droits réels en toute hypothèse sur la créance du prix de vente à l'exclusion des créances d'indemnité et des biens acquis en échange.

Montrer que la subrogation protège un intérêt respectable, qu'elle assure efficacement un équilibre ou qu'elle satisfait l'équité, c'est tout au plus, à l'instar de la théorie moderne (*supra,* N° 35), convaincre de son utilité ; ce n'est pas démontrer sa possibilité.

Ce défaut, qui conduit notamment à voir dans l'équité une condition suffisante de la subrogation, en rejoint un second.

45. — Insuffisante, la thèse de Capitant est de plus illogique dans la mesure où, se faisant plus ou moins l'écho d'une opinion soutenue par certains auteurs classiques (*supra,* N° 13), elle oppose sur un même plan la technique et l'équité.

Ces deux notions ne s'opposent pas ; elles se complètent, au contraire, car elles interviennent sur des plans différents. La technique, loin d'être incompatible avec l'équité, peut fort bien l'avoir pour fondement ; et, en bonne législation, elle le doit même. Mais, à l'inverse, l'équité, si elle inspire la règle de droit, ne peut à elle seule la forger. Elle est contrainte, pour accéder au domaine juridique, de se mouler dans une technique préexistante ou créée spécialement pour elle. Et la subrogation, si équitable qu'elle puisse être, n'ayant pas dans notre droit sa technique propre, toute la question à son égard est de déterminer, parmi les moyens que la technique courante met à sa disposition, celui qui lui convient. En oubliant cette servitude, on s'expose à affirmer des solutions équitables mais inexactes, comme la subrogation de plein droit du prix à la chose en toute hypothèse (137). On affaiblit surtout toute la théorie de la subrogation réelle, car en ne plaçant pas chacune des notions que l'on affirme être fondamentales sur son terrain propre (l'équité dans le domaine du fondement et la technique dans celui de la mise en œuvre de la règle de droit), on est amené à les confondre.

---

(137) Ainsi, nous ne croyons pas que la revendication porte sur la créance du prix de la chose vendue par le possesseur, par l'effet d'une subrogation réelle de plein droit (*infra,* N° 658).

Classement reposant sur cette confusion, en effet, que celui qui ne considère la subrogation dans la pétition d'hérédité, par exemple, que sous l'angle technique, et celle du prix à la chose dans les droits réels que sous l'angle de l'équité. Quelle raison Capitant lui-même invoque-t-il pour appliquer à la pétition d'hérédité la subrogation de l'article 132 du Code civil ? L'intérêt du demandeur qui, sans la subrogation verrait son droit de propriété changé en un droit de créance. N'est-ce pas là une raison aussi purement équitable que celle qui fait désirer en toute hypothèse la subrogation du prix à la chose ? Qui ne voit en réalité que dans les revendications générale et spéciale, comme dans les autres hypothèses, équité et technique jouent leur rôle ? L'équité commande de protéger par la subrogation l'intérêt légitime de l'absent, de l'héritier véritable, ainsi que celui du revendiquant ordinaire. Tous ont un droit de propriété qui est à l'origine de leur revendication. Et si la subrogation doit bien être admise dans les deux premiers cas, c'est parce que sur le plan technique la réclamation d'une masse de biens considérée dans sa valeur globale le permet ; alors que la même subrogation est rejetée dans le troisième cas parce que, toujours sur le plan technique, la réclamation d'un bien isolé, ne le permet pas.

Quant à la subrogation du prix à la chose, présentée comme uniquement équitable, les raisons que Capitant trouve de la limiter à la créance du prix ne sont-elles pas d'ordre technique ? Cette subrogation n'a pas lieu au second degré sur le bien acquis en remploi car, dit Capitant, le versement du prix a éteint *définitivement* le droit de préférence accessoire au droit réel. Une telle extinction, qui apporte un terme au développement de l'équité dont on était parti, est une règle (138) purement technique. Il est vrai que Capitant se place encore sur le plan de l'équité, lorsqu'il invoque l'intérêt des autres créanciers pour empêcher le droit de préférence de renaître sur le bien de remploi. Mais on ne comprend pas alors pourquoi l'équité commande de préférer le propriétaire revendiquant sur la créance du prix et les créanciers chirographaires sur le bien de remploi. Sans doute la différence des traitements proposés vient-elle de cette sorte de réflexe très subjectif qui pousse à voir dans le prix une sorte d'émanation de la chose. Mais s'il en est ainsi, pourquoi ne pas se comporter de même à l'égard d'une créance d'indemnité et ne pas admettre la subrogation de cette créance à la chose, comme on le fait pour la créance du prix de vente ? Ici, c'est incontestablement la considération d'une différence toute technique entre les notions de prix de vente et d'indemnité qui entraîne l'opposition, du

(138) Du reste discutable (cf. *infra*, N°s 586 et suivants).

reste simplement affirmée (139) entre les solutions. Car, à rester sur le plan de l'équité, on ne voit pas la raison pour laquelle la vente doit profiter au revendiquant (grâce à la subrogation) et un accident aux créanciers chirographaires (grâce à l'absence de subrogation) !

Nous touchons là aux résultats pratiques auxquels aboutit la thèse de Capitant.

46. — Il est, certes, inattendu d'écarter toute idée d'équité de la subrogation qui protège l'héritier véritable, l'absent de retour ou le bénéficiaire de la charge inscrite dans une donation. Mais il est encore plus surprenant de voir recourir à l'équité pour faire bénéficier les créanciers chirographaires d'un accident survenu à un immeuble sur lequel des créanciers hypothécaires avaient pris soin de se constituer une sûreté ! Un résultat aussi singulier ne plaide pas en faveur de la thèse de Capitant.

On peut constater, au surplus, que cette théorie admet largement la subrogation surtout dans des domaines où depuis longtemps, nul ne songe à la restreindre sérieusement comme celui des régimes matrimoniaux. En revanche, en matière de sûretés réelles où la subrogation des indemnités peut paraître particulièrement désirable, Capitant, sans contester ce souhait (140), ne donne aucun moyen propre à le satisfaire. Cette nouvelle théorie ne peut donc servir de guide utile à une jurisprudence qui semble égarée (*infra*, N^os^ 690 et suiv.).

Dans ces conditions, l'essai de Capitant ne devait pas emporter l'adhésion de la doctrine. S'il est généralement cité, il n'est pas suivi (141). Et Bonnecase, arrêtant son attention sur la subrogation réelle, devait à son tour, en 1926, proposer une esquisse théorique qui lui reste personnelle.

2^e^ *POINT. — L'ESQUISSE DE BONNECASE* (142)

47. — Ecrivant en 1926, Bonnecase est naturellement amené à exposer (143), dans son ensemble, la doctrine antérieure à cette date. Dans cet exposé, il ne convient guère de relever qu'une analyse de la théorie moderne et de l'essai

(139) Et inexacte (cf. *infra*, N^os^ 525 et suivants et 586 et suivants, 692).

(140) Capitant, *op. cit.*, § 4.

(141) Planiol et Ripert, T. III, par M. Picard, N° 26, note 3 ; Beudant, T. IV, par P. Voirin, N^os^ 42 et suivants ; Ripert et Boulanger, T. I, N° 2523.

(142) Bonnecase, *Supplément au traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, T. III, 1926, N^os^ 245 et suivants, pp. 688 à 784.

(143) *Op. cit.*, chap. I, N^os^ 347 à 359.

de Capitant (*supra*, N^{os} 37 et suiv.), en deux points : prédominance de la notion de subrogation spéciale par l'abandon du concept d'universalité juridique ; rejet de la notion de fiction. De ces deux points, le second ne préoccupe guère plus Bonnecase que les autres auteurs contemporains (144) ; le premier, au contraire, est repris pour occuper une place importante dans l'étude personnelle de Bonnecase.

Cette étude peut se présenter en trois parties : une analyse de la notion de subrogation envisagée par rapport à certaines notions générales ; une élimination de toutes les idées gênantes dont les doctrines précédentes ont encombré la théorie de la subrogation ; enfin, une reconstruction proposée par Bonnecase. Ce sont ces trois parties qu'il convient d'exposer si l'on veut porter sur cette nouvelle tentative une appréciation critique susceptible d'en faire mesurer la portée.

I. — ANALYSE DE LA NOTION DE SUBROGATION (145)

48. — Bonnecase distingue deux aspects de la notion de subrogation réelle : la subrogation générale et la subrogation spéciale.

La première, qui est celle de la théorie classique, procède en réalité d'une confusion avec la notion du patrimoine lui-même. Bonnecase dénonce très justement (*supra*, N° 22, a) l'incompatibilité essentielle entre l'idée même de remplacement à laquelle se ramène la subrogation, et la fongibilité générale entre les biens qui caractérise le patrimoine tel que l'analysent Aubry et Rau (*supra*, N^{os} 10, 11 et 18). Capitant avait déjà relevé l'absence de toute idée de subrogation dans le jeu du droit de gage général des créanciers prévu par l'article 2092 du Code civil (*supra*, N° 38). Bonnecase, élargissant la critique, ne manque pas de souligner le caractère erroné de la notion de subrogation réelle, dite générale, ainsi entendue. Mais il donne à sa remarque un relief particulier en rattachant cette prétendue subrogation générale à la théorie du créancier chirographaire, ayant cause universel.

Selon cette théorie, non expressément consacrée, mais dominante au XIX^{e} siècle (146), le créancier chirographaire est un ayant cause universel dans la mesure où il voit son droit rigoureusement lié au patrimoine du débiteur et où, notamment, ignorant les éléments concrets de ce patrimoine,

---

(144) Cf. Bonnecase, *op. cit.*, N° 384 ; comparer *supra*, N° 26.

(145) Bonnecase, *op. cit.*, chap. II, sect. I, N^{os} 361 à 375.

(146) V. Bonnecase, *op. cit.*, pp. 740 et suivantes. Baudry-Lacantinerie et ses principaux collaborateurs du *Traité théorique et pratique de droit civil* en ont été les champions.

il doit en respecter les fluctuations (147). C'est dans cette même mesure, et précisément pour cette raison, que la subrogation réelle dite générale fonctionne dans le droit du créancier chirographaire. Les deux conceptions sont liées ; elles sont toutes deux rattachées aux articles 2092 et 2093 du Code civil ; et elles sont toutes deux inexactes.

49. — Pour Bonnecase, la seule notion viable de subrogation réelle est celle de subrogation spéciale qui considère deux éléments concrets et individualisés d'un patrimoine. Et elle est liée à la théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier (148).

Cette théorie qui, pour Bonnecase, domine le droit des obligations tout entier, peut seule, à son avis, « éclairer la portée encore si obscure de la subrogation réelle » (149). Nous ne pouvons la résumer entièrement ici (150). Nous en retiendrons seulement l'essentiel. Le créancier chirographaire est un ayant cause à titre particulier, d'abord parce que le principal de son droit concerne une chose, une activité ou une abstention déterminée de son débiteur, l'article 2092 ne visant que le gage qui garantit accessoirement ce droit (151) ; ensuite, parce que ce gage lui-même n'est pas indifférent, comme le soutient la théorie classique, aux éléments concrets du patrimoine du débiteur (152). Le gage général du créancier chirographaire s'individualise parfois sur certains éléments concrets. Il en est ainsi dans l'exercice du droit de rétention et de l'action paulienne. Dans ces deux cas, Bonnecase affirme que la subrogation réelle doit jouer (153). Et il en est de même dans les hypothèses, il est vrai exceptionnelles, où le créancier chirographaire bénéficie d'un droit de préférence (154). Il s'agit alors de subrogation spéciale qui trouve son application naturelle sur ces objets concrets du gage général mis en lumière par la théorie du créancier chirographaire ayant cause à titre particulier.

---

(147) Bonnecase, *op. cit.*, N^{os} 363 et 364.

(148) Bonnecase, *op. cit.*, N^{os} 362 et 379, IX.

(149) Bonnecase, *op. cit.*, N° 366.

(150) Voir les abondants développements qu'y consacre Bonnecase (*op. cit.*, N^{os} 365 à 375 et *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1920, pp. 124 et suivantes). Le mouvement en faveur de cette théorie a été déclenché par M. Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, thèse, Bordeaux, 1916.

(151) Bonnecase, *Supplément*, N^{os} 373 et 374.

(152) Cf. *supra*, N° 48, texte et note (166). Voir Bonnecase, *op. cit.*, N^{os} 368 et suivants, les quatre propositions par lesquelles la situation du créancier chirographaire ayant cause particulier est caractérisée.

(153) Bonnecase, *op. cit.*, N^{os} 369 et 370.

(154) *Op. cit.*, N° 371. Bonnecase cite comme exemple d'inégalité entre les créanciers chirographaires, le cas de donations de sommes d'argent payables au décès d'un donateur dont la succession est insuffisante pour les payer ; les donations les plus récentes tom-

Et Bonnecase de conclure que « le seul moyen d'en finir » avec la notion de la prétendue subrogation réelle générale c'est de démontrer, une fois pour toutes, la qualité d'ayant cause particulier du créancier chirographaire. Alors seulement « l'utilité de la subrogation réelle apparaît sous la forme de la subrogation *spéciale*. Elle se produira chaque fois que le droit du créancier se portera plus spécialement sur tel ou tel élément concret du patrimoine de son débiteur » (155).

Ayant ainsi dégagé la notion de subrogation réelle, Bonnecase tient à la débarrasser de tout ce dont les théories précédentes l'ont encombrée. A cette fin, il procède à une série d'éliminations.

II. — ELIMINATIONS (156)

50. — Bonnecase, en une énumération fort complète, rejette à peu près tout le legs du passé. Sont ainsi purement et simplement éliminées :

1°) La distinction des universalités de droit et de fait (cf. *supra*, N^os^ 17, 18 et 30) ; elle perd tout intérêt, avec la notion de subrogation réelle spéciale qui s'attache toujours aux éléments *concrets* de l'universalité, quelle qu'elle soit, considérée dans son ensemble ;

2°) Les trois maximes traditionnelles (*supra*, N^os^ 16 et 20) ; des formules ne doivent pas dispenser de raisonner ;

3°) La distinction des qualités extrinsèques et intrinsèques (*supra*, N^os^ 21 et 34) ;

4°) Celle de la subrogation conventionnelle et légale (cf. *supra*, N° 32) ; il n'existe aucune différence sous le rapport de leur fondement légal entre la subrogation de la loi du 19 février 1889 (attribuant certaines indemnités aux créanciers hypothécaires et privilégiés) et celle de l'article 747 du Code civil (sur le droit de retour de l'ascendant donateur) ; au surplus, cette distinction n'a aucun intérêt positif ;

5°) La distinction des biens affectés et de ceux à restituer (cf. *supra*, N^os^ 28 et suiv.) qui ne trouve aucun appui dans les textes et que ses partisans se contentent du reste d'affirmer ;

---

bent les premières ; le cas de l'action paulienne exercée par les seuls créanciers antérieurs à l'acte frauduleux ; le cas de l'inaliénabilité de la dot opposable aux seuls créanciers postérieurs au mariage ; le cas des provisions alimentaires qui ne sont saisissables que pour cause d'aliments ; le cas de la compensation (v. aussi *Rev. trimestr. dr. civ.*, 1920, p. 139, note 2).

(155) *Op. cit.*, N^os^ 372 et 375.

(156) *Op. cit.*, N° 377.

6°) L'opposition de la technique et de l'équité faite par Capitant (cf. *supra*, N°s 39 et suiv.) pour fonder la subrogation ; l'équité, c'est-à-dire la notion de droit, sert d'explication première, la technique d'explication seconde ; la notion unique de subrogation ne peut comporter une explication tantôt première, tantôt seconde ;

7°) La distinction défendue par Capitant (cf. *supra*, N° 42 et note (146) entre la subrogation au premier et au second degré, distinction de pur fait ;

8°) La répartition opérée par Capitant (cf. *supra*, N°s 40 et 41) des cas de subrogation en trois grands groupes ; répartition sans grande importance et surtout sans fondement rationnel ;

9°) Enfin, la distinction de la subrogation réelle générale et spéciale (cf. *supra*, N°s 48 et 49).

Table rase étant faite, il ne reste plus à Bonnecase qu'à proposer une construction capable de remplacer ce qui a été si largement détruit.

III. — CONSTRUCTION DE BONNECASE (157)

51. — Pour reconstruire une théorie, Bonnecase dégage les éléments distinctifs, le domaine, les effets et le fondement de la subrogation réelle. Il conclut en affirmant la conformité de sa thèse avec le droit positif.

A. — Eléments distinctifs

52. — 1°) La subrogation réelle est relative à un patrimoine considéré à un moment de sa durée, dans ses éléments, concrets et individualisés. C'est la condition qui donne un sens à la notion même de subrogation (158).

2°) La subrogation entre en jeu à l'occasion de la perte ou de l'aliénation d'un ou plusieurs éléments individualisés ou même de la totalité de ces éléments. C'est alors que la question se pose.

3°) La subrogation exige que le bien entré dans le patrimoine soit individualisé au même titre que le bien qui en est sorti. Si c'est une somme d'argent, la subrogation n'est pas possible.

4°) La subrogation n'est concevable que si un lien de filiation directe existe entre le bien disparu et le bien advenu en remplacement. Sinon, la subrogation ouvrirait la porte à l'arbitraire, voire à la fraude. Cette exigence explique les

---

(157) Bonnecase, *op. cit.*, N°s 378 à 386.
(158) Cf. *supra*, N°s 48 et 49, la notion de subrogation spéciale.

conditions rigoureuses imposées au remploi par les articles 1434 et 1435 du Code civil.

5°) La subrogation transfère au bien subrogé les droits existant sur le bien aliéné.

6°) La subrogation, enfin, joue, sous réserve des droits des tiers, tantôt de plein droit (lorsqu'un bien frappé d'une affectation ou de certains droits fait directement place à un autre bien) tantôt sur une manifestation de volonté des intéressés (sauf à admettre une sorte de présomption de volonté en ce sens).

B. — Domaine

53. — 1°) Il convient de renoncer à toute exégèse et d'interpréter largement les cas de subrogation prévus par la loi, La liste des cas légaux n'est pas exhaustive. Bonnecase n'apporte pas de limite à l'extension de la subrogation.

2°) La subrogation fonctionne tantôt dans un ensemble de biens, tantôt sur un bien isolé. Dans les deux cas, il faut faire état de biens individualisés dont le nombre peut varier.

3°) La subrogation s'applique aussi bien en matière de droits de créance qu'en matière de droits réels intégraux, ou de simples droits de préférence, ou encore de simples droits de suite (comme le droit de suite des créanciers de l'armateur sur le navire).

C. — Effets

54. — Bonnecase ne s'étend pas sur cette notion, il déclare simplement que le bien subrogé aura la même « condition juridique » que l'ancien. Si, par exemple, il s'agit de la charge d'une donation, c'est elle qui sera transportée. Il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'une telle affirmation ne fait que répéter exactement l'une de celles dans lesquelles Bonnecase voit les éléments distinctifs de la subrogation (cf. *supra*, N° 52). On ne saurait mieux avouer la confusion commise entre la notion d'effets et celle de subrogation elle-même.

D. — Fondement

55. — Bonnecase reprend, à cet égard, les deux idées d'équité et de technique avancées par Capitant (*supra*, N^os^ 39 et suiv.). Mais, au lieu de les opposer, comme le fait cet auteur, il complète l'une par l'autre.

L'équité, que Bonnecase fait entrer dans la notion même de droit, abdiquerait son rôle si l'équilibre social auquel elle a mission de présider pouvait être rompu par le seul fait de la transformation de la matière. La subrogation évite cette abdication.

La technique juridique peut servir d'explication seconde. A cet égard, la subrogation s'explique par la double sauvegarde du crédit (puisque les droits et intérêts reposant sur un bien survivent à la disparition matérielle de ce bien) et de l'organisation juridique, c'est-à-dire des combinaisons variables inventées pour assurer le développement de la vie sociale et dont les patrimoines d'affectation ne sont qu'un exemple.

E. — Conformité de la théorie proposée avec le droit positif

56. — Cette conformité est du moins affirmée par Bonnecase. Il signale que la jurisprudence a ouvert la voie à la subrogation par l'arrêt Arluc de 1842 (159), en matière de dotalité incluse. Bonnecase discerne bien des hésitations dans la jurisprudence récente. Il reconnaît notamment que l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 mars 1920, rendu en matière d'action en reprise sur les biens donnés avec charge à une congrégation, est nettement hostile à la subrogation (160) Mais il invoque, en faveur de la conformité de son opinion avec le droit positif, un autre arrêt du 23 mars 1925 où la Cour Suprême, après avoir réaffirmé, comme en 1920, que « l'affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé... n'emporte pas par elle-même subrogation de l'objet à la somme d'argent » ajoute que « d'ailleurs, le demandeur n'a pas revendiqué la propriété » dudit objet (161). De cette dernière remarque, Bonnecase déduit une tendance à admettre la subrogation réelle sous le couvert d'une action en revendication, tendance mieux manifestée encore dans la même matière par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923 (162).

IV. — APPRECIATION CRITIQUE

57. — Il était difficile que Bonnecase, malgré sa sévère élimination des apports légués par ses devanciers, pût élaborer une théorie entièrement originale. De fait, ce qu'il dit du fonctionnement (*supra*, N°s 52, 6°, et 53, 1°) et du domaine de la subrogation est très proche des conclusions de la théorie moderne ; les effets qu'il fait produire à la subrogation sont, en résumé, ceux que toutes les théories ont dégagés ; quant au fondement, il n'est autre, présenté sous une forme plus rationnelle, que celui dégagé par Capitant.

---

(159) Civ., 31 janvier 1842, D. 1842. 1. 61.

(160) S. 1923. 1. 305 ; v. ses termes rapportés *supra*, N° 35 c.

(161) D. H., 1925. 308. Rapprocher *supra*, N° 35 c, texte et note 128.

(162) S. 1924. 1. 341, note Demogue.

Aussi, le principal mérite de Bonnecase n'est-il pas de s'être totalement libéré du passé ; il est d'avoir quelque peu éclairé la notion même de subrogation en laissant entendre que cette notion implique une *fongibilité relative de deux biens entre eux.* Cette idée, qui peut paraître évidente, avait été ignorée des auteurs classiques et timidement suggérée par Demogue (*supra,* N° 30) et par Capitant (*supra,* N° 38). Bonnecase la fait transparaître à travers sa notion de subrogation spéciale (*supra,* N° 48 et, surtout, 49). Tel est son principal apport à la théorie de la subrogation. Apport judicieux, car il doit, semble-t-il, contribuer à expliquer le fonctionnement de la subrogation (cf. *infra,* N^os^ 60, 556 et suiv.) (163).

58. — Mais cette remarque perd, sans nul doute, de son efficacité dans la mesure où elle est étroitement liée par Bonnecase à la théorie du créancier chirographaire. Le rattachement de la subrogation réelle à cette théorie ne parvient pas à convaincre. La subrogation réelle étant relative aux éléments concrets et individualisés du patrimoine peut intervenir dans *tous* les droits s'appliquant à ces éléments. Le créancier chirographaire a de tels droits. Il n'est pas seul à les avoir. Il s'en faut même de beaucoup qu'il ait les plus nombreux. Bonnecase, qui, du reste, omet assez illogiquement de mentionner le droit pourtant principal du créancier chirographaire à la chose due, dans lequel l'article 1303 du Code civil prévoit la subrogation, cite le droit accessoire de rétention, l'action paulienne non moins accessoire, et les cas très exceptionnels où le créancier chirographaire jouit d'un droit de préférence résultant de la date de sa créance (voir *supra,* N° 49). Toutes ces hypothèses ne représentent qu'une partie restreinte du domaine de la subrogation. Autrement importante est celle constituée par les droits réels principaux ou de garantie. La subrogation réelle peut, en réalité, s'accomplir dans les droits de créance et dans les droits réels. Sa notion même n'est pas spécialement liée à l'un de ces deux domaines.

Du reste, rien dans toute la construction de Bonnecase n'est particulièrement expliqué par la théorie du créancier chirographaire. Le rattachement de la subrogation à cette théorie, après avoir été affirmé sur un plan général, ne se traduit avec précision sur aucun des points dont l'ensemble constitue la solution proposée par Bonnecase (*supra,* N^os^ 51 à 56).

Tous ces points sont eux-mêmes simplement affirmés.

---

(163) Mais Bonnecase ne déduit pas de cette constatation élémentaire les conséquences qui peuvent gouverner logiquement le jeu de la subrogation.

De ces affirmations, certaines sont inexactes ; toutes sont insuffisantes.

59. — Les affirmations inexactes, les moins nombreuses, mais les plus importantes, sont celles qui concernent le fonctionnement de la subrogation. Bonnecase est moins explicite mais tout aussi radical que Demogue (*supra*, N° 30) lorsqu'il déclare que la subrogation joue de plein droit chaque fois qu'un bien est frappé d'une affectation ou de « certains droits » (164) et quand il affirme que tous les cas de subrogation prévus par la loi doivent être interprétés largement (165). Une telle opinion ignore plus complètement encore que ne le fait la théorie moderne (cf. *supra*, N° 35, b), les obstacles que la technique peut opposer à l'accomplissement de la subrogation.

Aussi bien, la théorie de Bonnecase n'est-elle pas, quoi qu'en dise cet auteur (cf. *supra*, N° 56), conforme au droit positif. Bonnecase voit dans les arrêts rendus en matière de libéralités avec charges une tendance à admettre la subrogation. Il retire cette impression de la remarque faite par la Chambre civile de la Cour de Cassation dans son arrêt du 23 mars 1925, que le demandeur n'avait pas revendiqué l'objet même qui avait remplacé, dans l'exécution de la charge, la somme d'argent donnée (166). Mais cette remarque ne permet pas de conclure que si la revendication avait été intentée la subrogation eut été admise. En revanche, il est sûr que l'arrêt du 23 mars 1925 reprend une formule générale nettement hostile à la subrogation, et déjà exprimée non pas seulement par un autre arrêt du 10 mars 1920 comme le constate Bonnecase, mais encore par un arrêt du 1er août 1910 (cf. *supra*, N° 35, c) ; et ces deux derniers sont muets au sujet de la revendication qui *aurait pu* être intentée. Tous trois refusent la subrogation, motif pris de l'absence de décision des parties sur ce point. Et l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 janvier 1923, invoqué par Bonnecase en faveur de sa thèse (*supra*, N° 56), n'admet de son côté la subrogation que sur une décision spéciale des parties expressément constatée. En réalité, toute cette jurisprudence est cohérente : la subrogation n'est accueillie que si elle fait l'objet d'une décision spéciale (cf. *supra*, N° 35 c, notes 126, 127, 128). Et à cette jurisprudence invoquée par Bonnecase, on peut ajouter celle, passée sous silence, qui refuse la subrogation dans les hypothèques et les privilèges (cf. *supra*,

---

(164) C'est le sixième « élément distinctif » dégagé par Bonnecase, cf. *supra*, N° 52.

(165) C'est le premier élément du domaine de la subrogation selon Bonnecase, cf. *supra*, N° 53, 1°.

(166) *Ibid.*

N^os 22, note 75, et 35 c, note 130). Il n'est donc pas possible de reconnaître la conformité des affirmations de Bonnecase avec le droit positif.

60. — Ces affirmations sont, au surplus, insuffisantes (167).

Lorsque Bonnecase déclare que la subrogation doit jouer dans l'exercice du droit de rétention, de l'action paulienne, ou du droit de préférence exceptionnel du créancier chirographaire, il annonce que c'est sous des conditions à fixer ultérieurement (168). On cherche en vain ces conditions dans l'indication générale et sommaire que la subrogation doit jouer largement (*supra,* N° 52, 6°, et N° 53, 1°). Elles auraient évidemment pu être déduites de la notion de subrogation spéciale dégagée par Bonnecase (*supra,* N° 49) et que nous avons ramenée à celle de fongibilité relative de deux biens entre eux. Mais cette idée n'est qu'amorcée et Bonnecase n'en tire aucune conséquence logique, précise et constructive. A avoir restreint sa portée, Bonnecase paraît bien en arriver à oublier que la fongibilité est tout de même impliquée par la notion de subrogation. Et le simple bon sens invite, semble-t-il, à reconnaître que tous les droits n'admettent pas nécessairement cette fongibilité de leur objet, si relative soit-elle. L'idée de subrogation spéciale sur laquelle insiste Bonnecase n'est pas clarifiée, et encore moins exploitée.

Pure ébauche également que les trois constatations selon lesquelles la subrogation suppose l'aliénation ou la perte d'un bien individualisé, l'acquisition d'un autre bien individualisé et un lien de « filiation directe » entre ces deux biens (*supra,* N° 52, 2°, 3° et 4°). Constatations intéressantes, certes, car elles contiennent pour la première fois le germe d'une théorie de la représentation réelle. Mais ce germe demeure embryonnaire et ne contient même pas quelques indications sur la nature de la « filiation directe » qu'il mentionne. Tout comme la notion de subrogation spéciale, les rudiments de la représentation réelle ne sont que suggérés.

Or, à cette notion et à ces rudiments se limite l'apport substantiel de Bonnecase. Toutes les autres observations relatives au jeu (*supra,* N° 52, 6° ; N° 53, 2° et 3°), aux effets (*supra,* N° 52, 5°, et N° 54) et au fondement (*supra,* N° 55) de la subrogation sont aussi lapidaires que peu fécondes. En réalité, la théorie de Bonnecase n'est tout ou plus qu'une esquisse suffisamment incomplète pour justifier, comme les

(167) On remarquera la faible importance de la partie constructive (*op. cit.,* pp. 776 à 784) par rapport à l'ensemble des développements de Bonnecase (*ibid,* pp. 688 à 784).

(168) Cf. Bonnecase, *op. cit.,* N° 371.

autres théories, ce que Josserand pensait de la subrogation réelle lorsqu'il écrivait, en 1933 : « Le concept de la subrogation réelle n'est encore dans notre droit qu'à un état presque embryonnaire et en tout cas peu évolué » ! (169).

CONCLUSION
ASPECT GENERAL DE LA QUESTION

61. — Le jugement de Josserand est d'autant plus décevant qu'il peut encore servir de conclusion à l'étude historique de la subrogation réelle. Car, depuis 1933, il n'a pas été démenti. Certains auteurs ont bien écrit encore sur la subrogation réelle, mais sans chercher à l'élucider.

Ainsi, M. Voirin en 1938 (170) fait sur ce sujet de pénétrantes remarques. Il constate notamment, avec autant de pertinence que de discrétion, la concurrence qu'opposent à la subrogation des institutions comme l'inaliénabilité en nature ou le droit de suite ; il souligne la nécessité d'individualisation de l'objet de remplacement. Mais il ne prétend pas déduire de ces remarques des directives précises et se contente, sur un plan purement indicatif, de déceler dans la jurisprudence une tendance, selon nous très contestable (cf. *infra,* N° 63), à accueillir largement la subrogation.

En 1939, un autre auteur, M. Cerban, consacre à la subrogation réelle un travail plus spécial (171). Mieux que ne le fit Bonnecase, il explicite l'idée de fongibilité entre des choses particulières qui, pour lui, est « la base » de la subrogation réelle. Et, bénéficiant des travaux de la théorie moderne, M. Cerban rattache très judicieusement cette fongibilité à l'idée de valeur. « C'est cette idée commune de valeur, écrit-il, qui explique la fongibilité et la subrogation fondées sur le rapport d'équivalence entre les biens. » (172). Mais cette observation, si juste soit-elle, ne suffit pas davantage que la vieille controverse sur les universalités, reprise par M. Cerban, à former une théorie d'où puissent découler des règles précises de fonctionnement. Aussi, le résultat auquel aboutit M. Cerban n'apporte-t-il qu'un nouveau reclassement des cas de subrogation réelle : celui qui fait un premier groupe des biens grevés de sûreté réelle ou d'obligation de restitution et un second des biens soumis à une affectation spéciale. Ce n'est qu'un remaniement de la théorie de Pla-

---

(169) Josserand, T. III, 2e édit., N° 72.

(170) P. Voirin dans Beudant, 2e édit., T. IV, 1938, Nos 42 et suivants.

(171) Alexandre Cerban, *Nature et domaine de la subrogation réelle,* « Rev. trimestr. dr. civ. », 1939, pp. 47 et suivantes.

(172) *Op. cit.,* p. 62.

niol et de M. Henry (*supra,* N° 31), qui se contente de faire passer la subrogation dans les sûretés réelles du régime large des biens affectés, à celui plus strict des biens à restituer. Cette assimilation des droits réels de garantie au droit de propriété à l'égard de la subrogation paraît fondée en principe (*infra,* N° 664). Mais il n'est rien dit de cette justification. Et, de toute façon, une telle modification est trop limitée pour faire avancer la théorie générale de la subrogation réelle.

Le jugement de Josserand, qui rejoint dans le passé ceux portés par Flach en 1868, par Demogue en 1901 et par Capitant en 1919 (173), reste aussi vrai aujourd'hui qu'il l'était en 1933.

62. — Il ne signifie du reste pas que, de toutes les doctrines élaborées, rien ne soit à retenir. Les apports de chacune sont certains. Nous verrons (*infra,* N^{os} 591 et suiv., 648, 718 et suiv.) que la théorie classique, en mettant l'accent sur la résistance technique à la subrogation, n'a fait qu'exagérer une réalité. Et si la théorie moderne a ignoré à tort cette réalité, elle a, par contre, mis en évidence les fonctions que la subrogation est susceptible de remplir. Bonnecase a discerné, sinon complètement dégagé, la fongibilité relative entre deux biens, qu'implique la notion même de subrogation réelle, et esquissé, très sommairement il est vrai, les rudiments d'une représentation réelle. Il a été rejoint sur le premier point par M. Cerban et, sur le second, par M. Voirin. Capitant, enfin, a rendu particulièrement sensible la variété presque infinie des hypothèses dans lesquelles la subrogation peut avoir à fonctionner.

Tel est, à peu près, le bilan des apports doctrinaux. Ils ne sont pas complets. Le principal, qui consisterait dans l'étude des moyens par lesquels la subrogation se réalise, manque. Ceux-là même qui sont réels sont le plus souvent simplement affirmés, voire à peine mentionnés. Leur stérilité est soulignée par le fait que les controverses les plus anciennes, comme celle sur les universalités, sont reprises par les travaux les plus récents. Mais le défaut majeur des apports de la doctrine est qu'ils ne parviennent pas à s'affranchir d'un casuisme souvent erroné et toujours vain. C'est pourquoi ils demeurent épars, sans lien rationnel entre eux. Ils ne se complètent pas les uns les autres en une théorie logique. Comme le dit Josserand, c'est le concept même de la

---

(173) Flach, R.H.D., 1868, pp. 448 et suivantes, v. *supra,* N° 22 ; Demogue, *Rev. crit. de législ. et de jurispr.,* 1901, pp. 237 et suivantes, v. *supra,* N° 22 ; Capitant, *Rev. trimestr. de dr. civ.,* 1919, p. 385 (v. *supra,* N° 35).

subrogation réelle qui reste confus. Et la base faisant défaut, la théorie ne peut exister (174).

63. — Sans théorie ferme, la jurisprudence ne prend pas un parti général. Ses solutions, dans la mesure où elles sont tranchées, se limitent à des matières particulières, dont elles s'inspirent autant, et quelquefois plus, que d'une attitude générale à l'égard de la subrogation réelle. Il est toutefois possible d'en dégager les grandes lignes.

Dans certains domaines, comme les régimes matrimoniaux ou les successions anomales, les tribunaux accueillent très largement la subrogation réelle depuis fort longtemps déjà (cf. *infra*, N°s 596 et 681). Leur position est ferme et, apparemment, à l'abri des controverses sur la subrogation réelle. Il est peu probable qu'elle change.

Dans une autre matière, très importante, celle des sûretés réelles, la jurisprudence est au contraire nettement hostile à la subrogation (cf. *infra*, N° 689, texte note 314). Son attitude paraît bien, ici, viser plus directement la subrogation réelle : la subrogation ne pouvant jouer sans texte, les indemnités allouées pour la destruction du bien grevé ne sont pas attribuées par préférence aux créanciers privilégiés sur ce bien (175).

Dans un troisième domaine, enfin, constitué par l'exécution des charges insérées dans les libéralités et par les révocations et reprises qui en découlent, les solutions jurisprudentielles sont plus nuancées. Hostiles en principe à la subrogation, dans la mesure où elles exigent une décision spéciale, elles font fléchir leur rigueur dans l'application en admettant l'existence de cette décision avec une relative facilité (*infra*, N°s 634, 642, 644, 660 et 661).

64. — C'est donc à une doctrine confuse et à une jurisprudence hétérogène que se ramène l'aspect général de la question. S'il en est ainsi après tant d'années et tant de travaux, c'est vraisemblablement que l'on n'est pas parvenu à s'entendre sur ce dont on parle. A employer des formules générales, souvent brillantes, peut-être n'a-t-on pas serré d'assez près la réalité irréductible et en quelque sorte mécanique à quoi se ramène le phénomène même de la subrogation réelle. C'est cette réalité qu'il nous paraît nécessaire

(174) On peut remarquer que certains auteurs, parmi les plus éminents, n'attribuent pas, en propre, dans leurs ouvrages, une place à la subrogation réelle ; ils exposent cette dernière incidemment en étudiant certaines matières particulières où elle s'applique, comme les propres de communauté, cf. Planiol (T. III, N° 922, note 1), Josserand (T. III, N° 72).

(175) Rapprocher : Grenoble, 27 février 1834, S. 1834. 2. 367 ; Req., 12 mars 1877, D. 77. 1. 97 ; Aix, 30 juillet 1940, J.C.P. 1940, II, 1519.

de rechercher, afin de s'évader de toute formule à l'intérieur de laquelle on risque trop de jouer les apprentis sorciers. La recherche s'impose, car c'est surtout de clarté que la théorie de la subrogation réelle a besoin. Et cette recherche s'impose dès maintenant, car il est indispensable de poser nettement la question si l'on veut avoir, ensuite, quelque chance, si modeste soit-elle, de l'éclaircir.

SECTION II

POSITION DE LA QUESTION

65. — Pour préciser autant qu'il est possible de quoi il s'agit, il convient de partir des faits les plus simples et les plus évidents. Le sens même du mot subrogation indique le fait qui constitue la base de toute la question : subroger veut dire remplacer. La subrogation réelle est un *remplacement* de biens. Ce fait, aussi simple que fondamental, fournit le fil directeur autour duquel tous les éléments de la subrogation réelle se synthétisent naturellement.

Il souligne notamment, dès l'abord, un caractère essentiel de la subrogation réelle : un remplacement de biens considéré comme moyen de maintenir l'appréhension d'une valeur individualisée (cf. *infra,* N° 73) n'est en soi *qu'un procédé technique*. C'est avant tout comme tel qu'il faut l'envisager si l'on veut poser la question sur des bases nettes. Procédé technique, la subrogation réelle s'explique principalement par une étude technique.

66. — Le fait même de remplacement implique nécessairement une fluctuation matérielle. Le remplacement suppose de toute évidence un mouvement. Pour qu'un bien prenne la place d'un autre, il faut que cette place soit laissée vide. Cela est nécessaire.

Mais cela ne suffit pas. Ce fait actif, qui consiste à prendre une place laissée vide, n'a de sens que si on le rapproche d'autres éléments qui, eux, sont stables, et au regard desquels le remplacement acquiert utilité et signification. Dire que par la subrogation réelle un bien en remplace un autre, ce n'est pas seulement évoquer une fluctuation, un mouvement : c'est aussi sous-entendre qu'à côté de cette fluctuation

existe un élément qui ne se transforme pas et qui délimite précisément la place laissée vide.

Ainsi, le simple fait de remplacement fait ressortir les deux éléments fondamentaux de la subrogation : l'un fluctuant, l'autre stable. L'élément fluctuant se ramène au seul objet du droit. L'élément stable réside dans le droit subjectif lui-même, considéré dans sa nature et dans son individualité.

Seul, l'examen de la fluctuation matérielle et de la conservation du droit permet de découvrir et de poser les divers problèmes soulevés par la subrogation réelle. Mais avant d'examiner séparément ces deux éléments, il est primordial de les situer dans leurs domaines techniques respectifs.

§ 1er. — Domaines respectifs des éléments fondamentaux de la subrogation réelle

67. — Si fluctuation et conservation vont de pair pour constituer la subrogation réelle, elles ne sont pas moins, en elles-mêmes, antinomiques. Aussi ne faut-il pas s'étonner de constater qu'elles ne se réalisent pas dans le même rapport juridique. *Le mécanisme de la subrogation réelle suppose deux rapports de droit distincts.* La conservation a son siège dans un rapport juridique dont l'objet, seul, est affecté par la fluctuation, mais où celle-ci ne s'opère pas. Quelques exemples feront saisir l'importance de cette remarque pour éclairer et préciser dès l'abord ce que l'on entend désigner par les mots « subrogation réelle ».

Les événements, volontaires ou non, par lesquels un patrimoine peut se trouver privé ou accru de certains biens, sont innombrables : vente, achat, échange, saisie, accidents... Par eux s'accomplit toute la vie juridique d'une personne. Il est clair qu'ils ne réalisent pas à eux seuls des subrogations réelles. Sans quoi, le commerce juridique, presque tout entier s'analyserait en des subrogations infinies.

Pour prendre l'exemple le plus courant, il ne suffit pas qu'une personne ait vendu un bien et soit devenue créancière du prix, pour qu'existe une subrogation. Celle-ci, ramenée à une constatation aussi banale, n'aurait pas de sens. La vente, à elle seule, n'entraîne qu'une fluctuation parmi les biens du vendeur : ce dernier s'est défait du bien vendu et il a acquis la créance du prix. Cette fluctuation s'est opérée dans le rapport juridique établi par la vente entre le vendeur et l'acheteur. Parler de subrogation dans ce rapport serait un contre-sens. Pour que la question de la subrogation

apparaisse, il faut supposer l'existence d'un second rapport juridique. Par exemple, la créance du prix est revendiquée contre le vendeur par une personne se prétendant véritable propriétaire du bien vendu et ne pouvant, pour une raison quelconque, exercer le droit de suite contre l'acquéreur. Le propriétaire revendiquant faisant état de la fluctuation intervenue entre le possesseur-vendeur et l'acquéreur, invoque alors, *dans ses rapports avec le possesseur-vendeur,* la substitution de la créance du prix à la chose vendue. Par l'effet de cette substitution, si elle est admise, le droit de propriété, mis en œuvre dans le rapport revendiquant-possesseur est conservé en changeant seulement d'objet. La fluctuation résultant de la vente s'opère donc, dans le rapport possesseur-acquéreur ; la conservation du droit de propriété, malgré la fluctuation de son objet matériel, se réalise dans le rapport propriétaire-possesseur. Ces deux rapports ont un point de contact : l'objet du droit de propriété... Par son intermédiaire, le premier rapport réagit sur le second ; il ne se confond pas avec lui. Alors seulement, le remplacement de la chose vendue par la créance du prix revêt une signification. Dans l'exemple qui précède, il a lieu dans le droit de propriété du revendiquant. On peut parler de subrogation dans le droit de propriété.

Si, pour prendre un autre exemple, la fluctuation consiste dans la destruction accidentelle d'un immeuble et dans l'apparition corrélative d'une créance d'indemnité, la question de la subrogation de cette créance au bien ne se pose pas dans les rapports du propriétaire du bien et du débiteur de l'indemnité. Ce rapport ne concerne que la fluctuation. L'intérêt de la subrogation apparaît avec l'intervention d'un second rapport. Par exemple, un créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble réclame l'attribution préférentielle de l'indemnité. Alors, la conservation du droit d'hypothèque est invoquée dans le rapport entre créancier et propriétaire, faisant état de la fluctuation survenue dans le rapport entre le propriétaire et le débiteur de l'indemnité. Et il s'agit, en ce cas, de subrogation dans le droit d'hypothèque.

Parfois, la même personne peut être le sujet actif des deux rapports de droit. Par exemple, le mari commun en biens reprend, à la dissolution de la communauté, un immeuble qui lui est propre, car il l'a acquis pendant le mariage en remploi d'un propre (article 1434 du Code civil). Dans ce cas, le mari a été partie aux rapports juridiques résultant des actes qui réalisent la fluctuation (aliénation, puis rachat). Il est encore partie à la reprise, à propos de laquelle la conservation de son droit propre est invoquée. Le rapport juridique, né de l'exercice de la reprise, n'en est pas moins parfaitement distinct de ceux dans les-

quels la fluctuation s'est opérée. Ces derniers ont existé entre le mari et les tiers, acquéreur et vendeur. La conservation du droit propre est invoquée à l'encontre de la femme.

68. — Le même mécanisme se retrouve dans toutes les hypothèses où la subrogation réelle joue. La fluctuation s'opère parfois dans plusieurs rapports juridiques successifs; c'est le cas du remploi que nous venons d'envisager. La conservation, de son côté, peut se manifester dans tous les rapports que le droit conservé est susceptible d'engendrer. Ainsi, la conservation d'un droit propre d'un époux commun en biens présente de l'intérêt, non seulement dans l'exercice des reprises, mais aussi à propos des pouvoirs d'administration du mari pendant le mariage. Mais il est essentiel de remarquer que toujours, fluctuation et conservation se réalisent sur des plans différents dans des rapports distincts et complémentaires.

Distincts, ces rapports le sont, non seulement par leur existence, mais aussi par leur comportement. Dans la fluctuation, on ne considère que la matérialité des biens servant de termes au remplacement ; c'est par la conservation que ce remplacement proprement dit s'opère et permet de dégager la notion de valeur sur laquelle la théorie moderne a mis l'accent (*supra,* N° 35, a). Les deux rapports se distinguent encore par leur signification. Dans la fluctuation, on s'attache surtout au résultat : l'apparition d'un bien nouveau. Le problème juridique essentiel se pose à propos de la conservation du droit dont l'objet est transformé.

Les deux rapports sont, au surplus, complémentaires. Tous deux concernent, aux deux points de vue différents que nous venons d'indiquer, l'objet du droit. Le résultat de la fluctuation réagit sur la conservation, celle-ci faisant état de celle-là. L'une et l'autre constituent les deux pièces du mécanisme de la subrogation réelle. La subrogation, qui trouve son *occasion* dans la fluctuation matérielle, se *réalise* par la conservation du droit et dans le rapport engendré par ce droit. C'est pourquoi nous appellerons *rapport accessoire* celui où se produit la fluctuation, et *rapport principal* celui où la conservation du droit a son siège.

Cette distinction, qui met à sa place chacun des deux éléments fondamentaux du mécanisme, permet de placer sur leurs terrains respectifs les différents problèmes soulevés par la subrogation réelle et d'éviter ainsi des confusions majeures trop souvent commises (176). Il nous faut discerner ces

(176) Grâce à cette distinction, nous verrons, par exemple, que l'action directe, reconnue au propriétaire d'un immeuble détruit, contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin (article 37,

problèmes en recherchant comment se présentent d'une part la fluctuation, d'autre part la conservation du droit.

§ 2. — La fluctuation matérielle

69. — La fluctuation matérielle consiste dans la disparition de l'objet matériel du droit que la subrogation se propose de conserver, et dans l'apparition d'un autre bien pouvant à son tour servir d'objet au même droit. Ces deux opérations ne sont concevables que si elles s'appliquent à des objets *individualisés*. Une place ne peut être laissée vacante puis occupée que si elle est délimitée. L'individualisation des deux objets qui doivent remplir ces rôles constitue donc l'hypothèse d'où peut naître l'occasion de la subrogation.

Tels sont les deux termes de tout remplacement. La fluctuation se décompose donc sur le plan du rapport accessoire en deux stades concernant *l'objet* du droit.

1er POINT. — DISPARITION DE L'OBJET MATERIEL DU DROIT

70. — La condition primordiale pour qu'un remplacement puisse se réaliser est, évidemment, qu'une place soit laissée vide.

Ce premier élément de la fluctuation peut se produire à la suite d'événements multiples, les uns d'ordre matériel, comme la perte ou la destruction, les autres d'ordre juridique, comme l'aliénation, la saisie, etc... A la différence des premiers, les seconds ne se réalisent que s'ils sont permis. Dans le cas contraire, la condition initiale de la subrogation n'est pas satisfaite. Ainsi, dans la mesure où les biens sont inaliénables en nature, ou insaisissables, l'occasion de la subrogation ne peut naître d'une aliénation ordinaire ou d'une saisie.

Ces événements, qui ne sont en eux-mêmes que des causes de la fluctuation matérielle, ne peuvent produire effectivement celle-ci que s'ils empêchent le droit de continuer à porter sur son objet. Cette exigence est particulièrement importante, par exemple en cas d'aliénation. Il ne suffit pas alors, pour que la subrogation soit possible, que l'aliénation soit valablement accomplie et, par conséquent, que l'objet

al. 4 de la loi du 13 juillet 1930) ne peut pas être l'objet d'une subrogation réelle, quoi qu'on aie prétendu (cf. *infra*, N[os] 299 et suivants).

du droit soit inaliénable en nature. Il faut, de plus, que ce droit ne soit pas ou ne soit plus assorti de droit de suite. Tant que le droit de suite peut être exercé, la fluctuation n'est pas accomplie. Dans les droits réels, l'aliénabilité en nature et la perte du droit de suite jouent donc comme deux conditions successives de la fluctuation. Et, dans la mesure où la perte du droit de suite est subordonnée à la prescription acquisitive par un tiers (cf. *infra*, N^os^ 197 et 208), l'imprescriptibilité vient encore faire obstacle à la fluctuation matérielle et, par conséquent, à la subrogation.

C'est, en somme, toute l'indisponibilité en nature qui évince la subrogation, l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité ne faisant généralement qu'étayer l'inaliénabilité. Il ne faut pas s'étonner de la concurrence que l'indisponibilité des biens oppose ainsi à la subrogation. Cette dernière, lorsqu'elle s'accomplit, réalise une sorte d'indisponibilité en valeur de l'objet du droit qu'elle conserve (cf. *infra*, N° 76). Au regard de la conservation des droits, l'indisponibilité en valeur est naturellement subsidiaire à l'indisponibilité en nature dans laquelle on doit voir un autre procédé technique de conservation, plus énergique encore que la subrogation. Du reste, les deux procédés peuvent très bien se compléter ; ainsi, sous le régime dotal, la subrogation réelle intervient pour renforcer la conservation de la dot lorsque l'indisponibilité de celle-ci fléchit (cf. *infra*, N^os^ 129 et suiv.). Ils ne s'en excluent pas moins sur le plan technique, puisque la subrogation ne joue qu'à l'occasion d'une fluctuation que l'indisponibilité en nature interdit.

La subrogation se trouve de même exclue par d'autres procédés techniques qui, sans empêcher la fluctuation, lui sont indifférents. Il en est ainsi de la fongibilité générale des biens et de l'accession par lesquelles une chose peut être soumise au même régime qu'une autre sans avoir à la remplacer et, par conséquent, sans que cette autre lui cède la place. Les groupes de biens dont tous les éléments sont fongibles entre eux peuvent englober un bien nouveau sans devoir le substituer à un ancien déterminé. La subrogation est superflue, par exemple dans le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de son débiteur ; un bien acquis par le débiteur s'ajoute à tous les autres frappés par ce droit de gage sans avoir à remplacer spécialement l'un d'entre eux précédemment détruit ou aliéné, puisque tous jouent le même rôle au regard de l'article 2092 du Code civil. La subrogation se heurte encore à la concurrence exactement analogue que lui oppose l'accession dans le cas de destruction partielle d'un bien et de survenance d'un autre bien susceptible soit de remplacer la partie détruite, soit de s'adjoindre à la partie subsistante de l'ancien.

En étudiant les causes, les conditions et l'étendue de la fluctuation engendrée par la disparition de l'objet matériel du droit, nous aurons donc à évoquer des institutions juridiques qui circonscrivent le *domaine* de la subrogation réelle.

Mais nous n'aurons alors étudié que le premier terme de remplacement. Le second réside dans l'apparition d'un bien nouveau capable de prendre la place vacante.

2e POINT. — APPARITION D'UN BIEN NOUVEAU

71. — Cette deuxième condition fondamentale de la subrogation est aussi évidemment nécessaire que la première. Elle participe, elle aussi, de l'idée même de remplacement, donc de l'essence de la subrogation.

Ce deuxième élément de la fluctuation peut se réaliser en même temps et par la même opération que le premier. Il en est ainsi, par exemple, en cas de vente. Par l'effet de ce seul acte, la créance du prix naît dans le patrimoine du vendeur au moment même où le bien vendu en sort. On dit alors, quelquefois, que cette subrogation est « au premier degré » (177). On lui oppose la subrogation « au second degré », qui se produit lorsque le bien de remplacement est procuré par deux opérations successives. C'est le cas, par exemple, du remploi où les deniers provenant d'une vente servent à l'acquisition d'un nouveau bien. On voit, dans l'achat succédant à la vente, un deuxième temps de la fluctuation (178). On pourrait plus justement y voir un troisième temps, le second étant représenté par le versement des deniers du prix. La subrogation des deniers suscite, en effet, une série de problèmes particuliers qu'aucune raison ne commande d'éluder *a priori* (cf. *infra*, N^{os} 308 et suiv. et 351). En réalité, la pluralité de ces différents stades concerne des questions de fait et ne soulève guère que des difficultés de preuve (cf. *infra*, N° 351). Que la fluctuation se réalise en un ou plusieurs temps, qu'elle soit imprévue, comme c'est le cas le plus fréquent, ou, au contraire, voulue et organisée à l'avance, comme dans le droit de préférence qui assortit les sûretés réelles (cf. *infra*, N° 554), peu importe au fond. Ce qui est nécessaire, c'est que les opérations qui la réalisent fassent apparaître une contre-partie ou encore, selon une expression couramment employée, *une contre-valeur* (179) du bien aliéné, perdu, détruit, etc...

---

(177) Cf. Capitant, *Rev. trimestr. de dr. civ.*, 1919, pp. 385 et suivantes, notamment § 5, cf. *supra*, N° 42.

(178) *Ibid.*

(179) Cf., par exemple, Henry, thèse, p. 269.

Expression judicieuse, car c'est bien à dégager la notion de valeur que conduit la deuxième condition fondamentale de la subrogation, c'est-à-dire l'idée complète de remplacement.

72. — Considérée sous son aspect simplement mécanique, l'idée de remplacement trahit déjà l'importance accordée à la valeur des biens. Le seul fait que l'objet matériel d'un droit puisse changer atteste avec évidence que l'on s'attache plus à la valeur de cet objet qu'à son individualité physique. Dès la plus simple constatation, on rencontre donc la notion de valeur. Aussi, presque tous les auteurs l'ont-ils remarquée (180).

La conception de la valeur à laquelle on est ainsi conduit, avant même toute analyse, est assez précise. Il ne s'agit généralement pas de la valeur psychologique, subjective, qui dépend de l'attachement qu'on peut éprouver pour un bien et que les économistes appellent valeur d'usage. La valeur attachée à un souvenir de famille en est un bon exemple. Ainsi comprise, la valeur reconnue à un bien est liée le plus souvent à l'individualité de ce bien et se révèle dans cette mesure étrangère à la subrogation réelle. Toutefois, les deux notions ne sont pas antinomiques, comme une affirmation absolue le laisserait supposer (181). La valeur d'usage est parfois compatible avec une relative indifférence à l'égard de l'individualité matérielle des biens. Le preneur à bail d'un local d'habitation attache à son logis une valeur d'usage. Il n'empêche que la subrogation est concevable dans un tel bail, elle y est même prévue par la loi du 1er septembre 1948 (art. 70) en cas de destruction du local loué par fait de guerre. Mais la valeur la plus naturellement compatible avec l'indifférence à l'égard de l'individualité des biens est la valeur d'échange, qui s'exprime objectivement en argent. Dans cette seconde acception, plus *quantitative,* les biens matériels sont surtout appréciés en raison de la richesse qu'ils représentent; il est donc normal que leur individualité matérielle soit suffisamment indifférente pour qu'ils puissent se remplacer les uns les autres. Et, inversement, le fait du remplacement accompli et accepté traduit généralement cette conception de la valeur.

Envisagée sous cet angle, la subrogation réelle se range au nombre des règles juridiques de plus en plus nombreuses s'intéressant à la valeur, et dans lesquelles d'aucuns discer-

---

(180) Cf. Aubry et Rau qui lient fort justement cette conclusion à l'idée de fongibilité, T. IX, § 575, p. 340 ; la théorie moderne, *supra,* N° 26, et surtout Magnillat, thèse, Lyon, 1912 ; Bonnecase, *op. cit.,* N° 361.

(181) Cf. Henry, thèse, p. 379, note 2.

nent un affinement du droit (182). Parmi ces règles, certaines sont déjà anciennes, comme celles qui concernent les universalités de droit ou de fait considérées dans leur valeur globale, ou celles que la jurisprudence a forgées depuis 1842 (183), pour appliquer aux valeurs dotales incluses dans des biens paraphernaux le statut de la dotalité. Le XIX[e] siècle et le début du XX[e] ont vu l'essor des « valeurs mobilières » dont les titres négociables ne représentent rien d'autre que des droits à des valeurs purement pécuniaires (actions, obligations, effets de commerce tirés à l'occasion des créances les plus diverses). Et le droit des successions accueille favorablement, depuis 1938, l'idée de valeur, notamment en substituant dans les partages l'égalité en valeur et le rapport des immeubles en moins-prenant, à l'égalité et au rapport en nature (articles 832 et 859 du Code civil).

Rattaché naturellement à cette conception quantitative très générale de la valeur, le remplacement ne devrait, logiquement, s'opérer que si les deux biens en cause représentent une valeur égale. Cette conclusion serait pourtant exagérée. Car, en réalité, la subrogation met en œuvre une conception beaucoup plus précise de la valeur qui apparaît, lorsqu'on considère l'opération de remplacement non plus sous son aspect simplement mécanique, mais dans sa signification fonctionnelle.

73. — Il est une affirmation souvent reproduite, sinon démontrée : le bien nouveau ne remplace l'ancien que s'il le « représente », que s'il est uni à lui par un lien de « filiation directe » (184). On entend généralement par là que le bien nouveau doit provenir matériellement de l'ancien.

Cette affirmation n'est pas imposée par une vue purement mécanique du remplacement. Il est parfaitement concevable *a priori* ; qu'un bien soit remplacé par n'importe quel autre capable d'être, comme lui, objet du droit. Aussi, sur le plan technique, seule l'analyse du droit positif révèle-t-elle cette condition de provenance, à laquelle toutefois des exceptions sont d'autant plus concevables sinon réellement existantes que la valeur d'usage du bien de remplacement, qui inspire parfois la subrogation (*supra*, N° 72), est indifférente à la provenance de ce bien. Ces exceptions, à sup-

---

(182) Demogue, note, S. 1924. 1. 337, § III, cf. *supra*, N° 35, a) ; sur la nouveauté de l'intérêt attaché par les règles juridiques à la valeur, v. Henry, thèse, pp. 379 et suivantes ; Magnillat, thèse citée, Lyon, 1912 ; Maury, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920.

(183) Civ., 31 janvier 1842, D. 1842. 1. 61, S. 1842. 1. 110, cf. *infra*, N° 315.

(184) Cf. M. Henry, tout au long de sa thèse ; Bonnecase, *op. cit.*, v. *supra*, N° 52, 4° ; Voirin, Beudant, T. IV, N° 42.

poser qu'on en admette l'existence (185), sont de toute façon très rares ; elles attestent le faible rôle de la valeur d'usage dans le jeu de la subrogation, et soulignent la possibilité théorique du remplacement d'un bien par un autre qui n'en est pas issu.

Pourtant, si l'on envisage la signification économique de l'opération de remplacement, on aperçoit aisément les raisons qui poussent à conserver un droit, lorsque le bien nouveau *individualise* la même valeur d'échange que l'ancien. Le bien d'un époux commun en biens, par exemple, est aliéné ; les deniers provenus de cette vente servent à acquérir un nouveau bien. Ce dernier représente la même valeur propre (considérée dans son individualité plus que dans son montant) que le précédent. Il est donc tout désigné pour être propre lui aussi, sans quoi la valeur qu'il individualise serait perdue pour le patrimoine propre de l'époux. Le même désir pousse à maintenir la charge résultant d'une donation sur un bien acquis par le donataire avec les deniers procurés par la vente du bien donné. Là encore, le fait que les deux biens individualisent la même valeur pousse à soumettre le second comme le premier à la charge, dans l'intérêt du bénéficiaire. Lorsque le bien nouveau individualise la même valeur que l'ancien, le remplacement de l'un par l'autre paraît particulièrement désirable et même impératif. La condition de provenance qui exprime cette individualité est donc dans la logique économique, sinon technique, de l'opération de remplacement (cf. *infra*, N[os] 326 et suiv.).

Il n'en est ainsi que parce que le remplacement, par son essence même, crée une *unité fonctionnelle* entre les deux biens qui en sont les termes. La valeur qu'ils représentent, de quelque façon qu'on l'envisage, est donc nécessairement individualisée par la destination qu'elle reçoit et par le rôle qu'elle joue. Par suite, lorsque c'est la valeur d'échange de deux biens qui est en cause, il est normal que l'individualisation fonctionnelle corresponde à la réalité économique, c'est-à-dire à l'individualisation de la valeur par l'origine du bien qui la contient. Mais lorsque, par exception, c'est la valeur d'usage qui reçoit une destination unique, cette réalité économique perd son sens et la provenance du bien nouveau est indifférente. Il importe peu, par exemple, au preneur à bail d'une maison d'habitation que le nouveau local sur lequel son droit est transporté par subrogation ait été acquis par le bailleur avec des deniers provenus de la vente ou de la destruction de l'ancien local. Mais ce qui compte, c'est que le nouveau local soit soumis à la destination même

(185) Cette existence est très contestable, cf. *infra*, N[os] 278 et suivants.

que le bail imposait à l'ancien ; c'est-à-dire que le preneur puisse toujours en retirer l'usage même prévu par le bail. Celui-ci, par les conditions d'habitation qu'il prévoit, exprime donc une unité de valeur d'usage, que les deux locaux individualisent.

Dans le cas où la valeur d'usage intervient seule, comme dans celui qui fait appel à la valeur d'échange, l'opération de remplacement implique donc nécessairement l'individualisation de la valeur par sa destination. Cette vérité appelle normalement sur le plan économique et pécuniaire que le bien nouveau provienne de l'ancien lorsque le remplacement fait ressortir, comme c'est le cas de beaucoup le plus fréquent, la valeur d'échange desdits biens. La condition de provenance est, au contraire, indifférente dans le cas, assez rare, où la valeur d'usage est seule en cause. Mais, dans les deux hypothèses, l'unité de fonction impliquée par le remplacement entraîne que les biens qui en font l'objet individualisent une même valeur. Cette conclusion rejoint du reste, sur le plan fonctionnel, les données matérielles du problème exigeant l'individualisation des deux termes de tout remplacement (cf. *supra,* N° 69).

Ainsi, le simple fait de remplacement envisagé directement et avant même toute étude du droit positif conduit non seulement à la notion de valeur, mais à celle de *valeur individualisée*. Par là, la subrogation se distingue d'institutions qui mettent en œuvre une notion purement quantitative de la valeur comme l'action de *in rem verso* (cf. *infra,* N^{os} 326 et suiv.). Plus précisément encore, la subrogation dégage la valeur individualisée *par l'origine* des biens qui la contiennent. Telle est la signification exacte de la condition de provenance qui, pour ne pas être essentielle, n'en est pas moins caractéristique dans tous les cas les plus fréquents où la subrogation dégage la valeur d'échange des biens. La subrogation diffère encore en cela d'autres procédés techniques, comme l'accession ou la fongibilité générale des biens, par lesquels une chose est soumise au même régime qu'une autre, quelle que soit son origine. Le remplacement suppose bien une fongibilité, mais entre deux choses seulement. C'est dans le cadre de cette fongibilité *relative* que la contre-valeur, individualisée par son origine, revêt tout son sens. Et la fongibilité relative est exclue par la fongibilité générale.

74. — L'examen sommaire de la subrogation, ramenée à son essence la plus simple, invite donc à déterminer la « contre-valeur » soit par son montant, soit par son origine, dans le cadre de l'unité de sa fonction. Démontrer l'existence et la force relative de ces deux éléments en droit positif, apprécier la signification des conclusions dégagées, recher-

cher comment se prouve l'origine d'un bien, revient à étudier la « contre-valeur » qui fait l'*objet* du remplacement et, par conséquent, de la subrogation réelle.

Le remplacement aboutit à dégager de la fluctuation matérielle un élément de continuité : la valeur individualisée. Il est normal que la subrogation, une fois accomplie, le fasse ressortir puisqu'elle est en elle-même un instrument de conservation. C'est en tant que telle qu'il nous faut maintenant l'envisager.

§ 3. — La conservation du droit

75. — Pour prendre une connaissance directe de la fluctuation matérielle, nous avons suivi le phénomène de remplacement pour en tirer les conclusions sommaires que le simple bon sens invite à en déduire. Cette attitude passive ne suffit pas à déceler les difficultés que la conservation du droit peut rencontrer en se réalisant dans le rapport principal, siège de la subrogation (cf. *supra*, N° 68). Envisageant le problème sous son aspect plus actif, il convient de rechercher pourquoi et comment cette conservation s'opère, alors que change l'objet matériel du droit.

1er POINT. — POURQUOI S'OPERE LA CONSERVATION DU DROIT

76. — Le remplacement d'un objet matériel par un autre aboutit, venons-nous de voir, à faire porter le droit sur la valeur individualisée par ces deux objets successifs. Cette valeur individualisée est, du coup, indisponible pour toute autre fin. Le résultat de la subrogation est donc une indisponibilité en valeur.

La question se pose alors naturellement de savoir quelles raisons poussent à créer une telle indisponibilité et les fins auxquelles une valeur individualisée peut être ainsi exclusivement réservée. Cette question ne soulève donc, en réalité, rien d'autre que la recherche *des buts* de la subrogation réelle.

77. — C'est sur ce terrain que l'on peut utilement faire intervenir les études de la théorie moderne. En ramenant toute la théorie de la subrogation réelle au développement des idées d'affectation et de restitution, la théorie moderne a mis complaisamment en lumière les raisons qui rendent la

subrogation désirable en maintes hypothèses. Et il peut paraître difficile de renouveler aujourd'hui l'analyse déjà si abondante des buts de la subrogation réelle. Nous aurons, néanmoins, à apprécier la pertinence de cette classification des buts en affectations et en obligations de restitution, dont le fondement rationnel ne se discerne guère *a priori*.

Par contre, il apparaît très clairement, dès l'abord, que l'analyse sociale ou économique de la destination quelconque impartie à un bien importe infiniment moins à la théorie de la subrogation que le fait de savoir *si cette destination s'attache plus à la valeur qu'à l'individualité physique du bien*. Point n'est besoin de pousser bien loin l'analyse pour être convaincu que là est la réalité efficiente. La constatation s'impose puisque le remplacement d'un bien par un autre revient, *en fait*, à faire porter le droit conservé par la subrogation réelle sur une valeur individualisée (cf. *supra*, N° 72). Il est normal, dans ces conditions, que la destination réservée à un bien ne postule ce remplacement à l'occasion que si, en fait, elle vise plus la valeur du bien que son individualité physique. S'appliquer à la valeur individualisée par les biens, telle est la condition à laquelle une destination économique ou sociale quelconque devient un but de la subrogation réelle. *C'est sur le plan des buts de la subrogation que domine la notion de valeur.*

78. — Il faut donc, chaque fois, rechercher si cette condition est remplie. Dans certaines hypothèses, la réponse affirmative ne fait aucun doute. Ainsi, une sûreté réelle a visiblement pour but de destiner la valeur du bien qui en est grevé au paiement préférentiel du créancier privilégié. Le droit de préférence, où réside toute la raison d'être de la sûreté réelle, ne peut s'exercer que sur la valeur des biens telle que l'exprime normalement le prix de vente.

D'autres fois, la question de savoir si la destination d'un bien vise plus la valeur que l'individualité matérielle dudit bien, n'est rien moins que douteuse ; les principales discussions roulent alors sur l'existence ou l'absence d'un but de la subrogation. Il en est ainsi, par exemple, dans le droit de retour légal de l'ascendant donateur, où l'extension de la subrogation prévue par l'article 747, al. 2, du Code civil dépend principalement de ce que le législateur a entendu destiner au donateur par la voie successorale : la valeur, ou l'individualité matérielle du bien donné. C'est sur ce terrain que se situe le plus utilement la discussion. Et il en va de même dans le cas de « l'affectation » d'un bien à un but quelconque, pour reprendre la terminologie chère à la théorie moderne. La subrogation n'a, logiquement, de raison d'être en cas, par exemple, d'aliénation du bien suivie de remploi,

que si l'affectation vise moins le bien affecté lui-même que sa valeur. Or, cette conclusion n'est pas d'une évidence générale ; *a priori*, l'affectation peut aussi bien concerner l'individualité des choses que leur valeur. Il est donc nécessaire de rechercher l'objet véritable de l'affectation, chaque fois que la question de la subrogation se pose dans l'exécution de cette affectation.

Très souvent, en effet, la destination ne voit pas son objet exact précisé au moment même où elle est créée. Un donateur a affecté le bien donné à l'exécution d'une charge sans préciser davantage et sans prévoir spécialement l'hypothèse du remplacement de ce bien par un autre. Un bien doit légalement être restitué par un possesseur au propriétaire triomphant sur sa revendication ; là encore, la substitution d'un autre bien n'est pas spécialement prévue par le principe général de restitution. C'est après coup, lorsque le bien affecté à la charge ou soumis à restitution a cédé la place à un autre, que l'intérêt de préciser l'objet exact de ces destinations apparaît, c'est-à-dire lorsque la question de la subrogation réelle est soulevée. C'est à ce moment, alors qu'il existe un nouveau bien individualisant la même valeur que l'ancien, que la soustraction de cette valeur au droit du bénéficiaire de la charge ou du propriétaire peut paraître choquante. Et on s'aperçoit, du même coup, que la destination représentée par la charge ou par l'obligation de restitution, s'appliquait en réalité à cette valeur individualisée. Alors, la subrogation se révèle juste ; elle répond à un but.

Ce but est donc surtout mis en lumière par le sentiment de l'équité. C'est bien là, en effet, le domaine où cette notion trouve toute sa place. Lorsque des précisions ne sont pas apportées par l'autorité qui a établi la destination en valeur, c'est l'équité qui indique l'existence ou l'absence d'un but de la subrogation. C'est dire qu'il est difficile d'enfermer ce but dans une formule préétablie. Mais c'est dire aussi que la subrogation puise en lui l'élément dynamique de sa justification ; grâce à lui, elle est désirable.

79. — Ce désir vise précisément la perpétuation d'une destination malgré la fluctuation matérielle. Or, cette destination s'exprime toujours dans un droit déterminé. Dans les exemples que nous avons précédemment choisis (*supra*, N° 78), ce droit était, selon le cas, celui du créancier nanti d'une sûreté réelle, le droit successoral de l'ascendant donateur, celui du bénéficiaire d'une charge dans un donation, celui, enfin, du propriétaire revendiquant. Toujours, la destination impartie à un bien résulte d'un droit subjectif que la technique juridique met à la disposition du législateur ou des particuliers. Par suite, conserver cette destination c'est

conserver le droit dans lequel elle s'exprime. Voilà pourquoi la subrogation réelle se ramène à la conservation d'un droit. Cette réalité que nous avons dû affirmer dès la présentation de la subrogation, car il fallait bien prendre une connaissance directe du phénomène, s'explique ainsi très simplement.

Et lorsque, pour les raisons que nous avons exposées, la perpétuation de la destination apparaît comme désirable, ce désir vise du même coup la conservation du droit. Ainsi orienté naturellement sur le plan technique, il voit sa satisfaction subordonnée aux possibilités offertes par la structure même du droit subjectif utilisé par la destination en valeur. Une chose est, en effet, de discerner pourquoi la conservation du droit est souhaitable ; autre chose est de déterminer comment elle est possible.

2e POINT. — COMMENT S'OPERE LA CONSERVATION DU DROIT ?

80. — Une observation essentielle s'impose dès l'abord : l'objet de la destination ne doit pas être confondu avec celui du droit subjectif par lequel cette destination se réalise. Le premier répond à un but d'ordre économique ou social et peut n'obéir qu'à ce but. Le second, qui s'applique à *un moyen* technique de réalisation, dépend de la seule technique.

Et le simple fait qu'une destination quelconque porte sur la valeur d'un bien n'autorise pas à conclure avec la théorie moderne (*supra,* N^{os} 26 et 35), que le droit par lequel cette destination s'exprime, a nécessairement cette valeur pour seul objet. La destination en valeur n'engendre un tel effet que si elle se forge sa propre technique. L'hypothèse n'est, certes, pas invraisemblable. Elle est réalisée sous le régime dotal par la théorie jurisprudentielle permettant l'appréhension des valeurs dotales incluses dans les biens matériels paraphernaux (cf. *infra,* N^{os} 81 et 484). C'est assez souligner son caractère très exceptionnel.

Hormis ce cas, la simple constatation des multiples exemples que nous avons relevés dans l'exposé des différentes doctrines et de la jurisprudence (*supra,* section I), suffit à indiquer que la destination d'un bien, même si elle s'applique à la valeur de ce bien, utilise pour se réaliser les droits de la technique juridique courante. Ce sont les droits réels ou personnels sous leurs divers aspects : propriété, sûretés réelles, usufruit, droit successoraux, droit de reprise, créances de corps certains, droit du bénéficiaire d'une charge écrite dans une libéralité, etc... Et l'objet véritable de tous

ces droits doit être recherché dans leur organisation propre ; il n'est pas désigné par la seule existence d'une destination en valeur.

Ainsi, par la constitution d'une hypothèque, la valeur de l'immeuble hypothéqué est destinée au paiement préférentiel du créancier hypothécaire. Cette destination en valeur suffit à faire souhaiter, en cas de fluctuation entraînant la disparition de l'immeuble hypothéqué et faisant apparaître une contre-valeur, la conservation de l'hypothèque sur cette contre-valeur. La constitution d'hypothèque entraîne bien un but valable de subrogation. Mais ce but n'a pas pour effet automatique de faire porter l'hypothèque sur la seule valeur de l'immeuble. Pour savoir s'il en est ainsi, c'est l'organisation technique du droit réel d'hypothèque résultant des articles 2114 et suivants du Code civil qu'il faut consulter. Et l'article 2114 répond que l'objet de l'hypothèque n'est pas seulement la valeur de l'immeuble, mais aussi sa matière (186). Dès lors, en portant sur l'immeuble de remplacement l'hypothèque aura changé d'objet. Cette première précision commande le fonctionnement d'une éventuelle subrogation : c'est encore sur le plan technique qu'il faut rechercher si le droit réel d'hypothèque tolère un tel changement de son objet matériel. La dualité entre l'objet de la destination et celui du droit subjectif apparaît donc comme parfaitement possible. Dans le cas de l'hypothèque, elle est même réelle. La même conclusion s'impose pour l'usufruit, où l'affectation des revenus (donc de la valeur) d'une chose à l'usufruitier n'empêche aucunement le droit réel d'usufruit d'avoir cette chose pour objet matériel. On pourrait multiplier les exemples. La seule existence d'une destination en valeur n'empêche pas les droits réels et personnels qui l'expriment de rester ce qu'ils sont et de porter sur leur objet normal.

Force est donc de relever une *dualité* entre des buts écoconomiques ou sociaux s'attachant à la valeur et les moyens par lesquels ces buts se réalisent, moyens qui obéissent à des règles établies par la technique juridique. Et cette dualité dégénère d'autant plus aisément en opposition que la destination en valeur, dont la présence ne se manifeste du reste souvent, qu'occasionnellement et après coup (cf. *supra*, N° 78), est contrainte de se mouler dans des droits qui ne sont pas spécialement créés pour elle. Ces derniers, lorsqu'ils ont un objet individualisé, ce qu'exige l'hypothèse même du rem-

(186) La remarque suivant laquelle l'objet véritable de l'hypothèque est le droit réel du débiteur sur la chose, plus que la chose elle-même (cf. Planiol, II, N° 2.701), ne change rien à cette conclusion, car les droits réels hypothéqués, comme la propriété, portent, eux, sur la chose et s'individualisent avec elle (cf. *infra*, N°s 655 et suivants).

placement (cf. *supra*, N° 69), portent sur les biens matériels en même temps que sur les valeurs (187).

L'observation des faits dégage donc un principe fondamental : *l'appréhension des valeurs individualisées est subordonnée, dans sa réalisation, à une technique matérialiste.*

81. — De cette subordination naît la subrogation réelle. C'est dans la mesure où les droits portent sur des objets matériels que l'appréhension, par leur moyen, des valeurs individualisées se ramène au remplacement de ces objets les uns par les autres. Si l'objet véritable des droits utilisés n'était que la valeur individualisée par les biens, la question du remplacement de cet objet ne se poserait même pas puisque par hypothèse cet objet serait constant. Nous aurons à vérifier l'exactitude de cette donnée strictement logique en analysant le statut des valeurs dotales incluses dans des biens paraphernaux. Il nous sera alors facile de constater que dans ce cas, à peu près unique, de droits portant *seulement* sur des valeurs individualisées, auxquelles les biens matériels ne fournissent que des supports identificateurs, il n'y a place pour aucun remplacement d'objet (cf. *infra*, N° 315). La valeur dotale non sujette à emploi, servant à l'acquisition d'un bien matériel, n'est pas remplacée par ce bien qui est paraphernal. Celui-ci, s'il est ensuite vendu ou saisi, ne cède pas simplement la place à une créance paraphernale. La créance est dotale dans toute la mesure où elle est l'expression d'une valeur dotale, laquelle ne remplace rien, parce qu'elle reste elle-même. La théorie de la dotalité incluse, précisément dans la mesure où elle fait porter les droits de la femme directement sur des valeurs individualisées, exclut la subrogation réelle ; plus le droit porte sur la valeur individualisée, moins le remplacement de son objet se conçoit et, par conséquent, moins il laisse place à la subrogation réelle.

La subrogation n'est pas autre chose qu'un procédé consistant à appréhender des valeurs au moyen d'une technique matérialiste. Lorsqu'un droit à un objet matériel, le seul moyen de l'amener en fait à appréhender, en cas de fluctuation, la valeur individualisée par cet objet et ainsi de créer un trait d'union entre la matière et la valeur, c'est d'admettre le remplacement dudit objet par un autre qui en provient. Ce remplacement, c'est la subrogation réelle. *L'existence de droits portant sur des objets matériels constitue l'hypothèse technique même de la subrogation réelle.*

---

(187) Nous entendons l'expression « bien matériel » dans le sens très large de « contenant déterminé » d'une valeur individualisée. Ce contenant peut être incorporel, v. la raison de l'assimilation des biens corporels et incorporels au regard de la matérialité, *infra*, N° 168.

La subrogation, une fois accomplie, aboutit donc bien à faire porter les droits sur des valeurs individualisées. Mais elle n'y parvient qu'en imposant à ces droits deux objets matériels successifs. Elle suppose donc la *fongibilité relative de deux biens entre eux* (188). Cette conclusion est l'expression précise du matérialisme des moyens d'appréhension. Elle est essentielle, car elle contient, intimement liés, la notion de la subrogation réelle et les principes gouvernant logiquement son fonctionnement. Il n'est pas possible de dissocier l'étude de ces deux points ; d'abord, parce que le premier commande le second ; ensuite et surtout, parce que tous deux représentent les aspects inséparables de la donnée technique fondamentale du problème : l'appréhension des valeurs individualisées, par l'intermédiaire obligé des biens matériels.

I. — NOTION DE LA SUBROGATION REELLE

82. — Le remplacement d'un bien par un autre, comme objet d'un droit déterminé, n'a de sens que si ce droit, armature du rapport principal de la subrogation (cf. *supra,* N° 68), n'est pas touché d'autre part dans ses autres éléments. La substitution doit concerner l'objet du droit *et lui seul,* le droit demeurant lui-même d'autre part. C'est seulement à ces conditions que l'on peut donner une notion précise de la subrogation réelle.

Cette précision rejoint d'ailleurs la distinction des deux rapports juridiques mis en œuvre dans le mécanisme de la subrogation (*supra,* N^{os} 67 et 68) : le droit conservé est celui qui constitue seulement le rapport principal de la subrogation. Ainsi, la revendication s'exerce sur le prix d'un bien vendu par un possesseur, en vertu d'une subrogation non « dans le patrimoine du vendeur », *mais dans le droit de propriété* invoqué dans le rapport juridique établi par la revendication entre le propriétaire et le possesseur (*supra,* N° 67). De même, l'attribution au créancier hypothécaire de l'indemnité représentant l'immeuble hypothéqué détruit implique, dans le seul rapport entre le créancier et le propriétaire de l'immeuble, une subrogation *dans le droit d'hypothèque* (189) ; dire, en ce cas, comme on le fait souvent (190), que l'indemnité remplace l'immeuble dans le patrimoine *du propriétaire* est vague et étranger à notre question ; la subrogation dans l'hypothèque consiste en un remplacement

(188) Bonnecase n'exprime pas une autre vérité lorsqu'il présente la notion de subrogation dite « spéciale » comme la seule exacte ; cf. *supra,* N^{os} 40 et 57. Rapprocher *supra,* N^{os} 70 et 73 : on retrouve, sur le plan des moyens techniques d'appréhension, la conclusion dégagée par l'étude de la fluctuation matérielle.

(189) *Ibid.*

(190) Cf., par exemple, Henry, thèse, p. 269.

de l'objet de l'hypothèque par un autre ; cette subrogation se manifeste dans l'exercice de l'hypothèque, rien de plus.

Ces données ne sont du reste pas arbitraires et ne procèdent pas uniquement d'un souci de clarté en quelque sorte mécanique. Elles sont inspirées par les buts mêmes de la subrogation. Nous avons vu (cf. *supra*, N° 79), que la subrogation réelle a pour but de perpétuer une destination en valeur à travers une fluctuation matérielle. Or, comme cette destination se moule toujours dans un droit subjectif, il est naturel qu'elle se perpétue par la conservation de ce droit. Ce qui doit être conservé c'est donc, par hypothèse même, le droit précis qui portait sur le bien ancien qu'empruntait la destination en valeur.

Les nécessités du mécanisme, autant que sa fonction au regard des buts qu'il vise à atteindre, indiquent donc que la subrogation réelle n'est que la conservation du droit par lequel se traduit sur le plan juridique la destination en valeur.

83. — Et on voit du même coup que la question des effets de la subrogation, telle qu'elle est généralement présentée par la doctrine (191), ne se pose pas séparément. Ce qui se transmet d'un bien sur un autre par subrogation ce n'est pas telle ou telle qualité d'*un bien ;* c'est simplement *un droit* subjectif précis. Et cette transmission n'est pas seulement un « effet » de la subrogation, c'est la subrogation elle-même.

Cela ne veut pas dire, du reste, que l'on puisse se dispenser de rechercher en toute hypothèse les « qualités » exactes transmises. Identifier le droit conservé par la subrogation c'est déjà enserrer le problème dans certaines limites ; ce n'est pas encore l'élucider. Le changement de l'objet matériel d'un droit subjectif déterminé peut réagir sur le comportement de tous les autres éléments de ce droit : source, sujets, prérogatives, mode d'exercice, compétence judiciaire éventuelle, etc... Parmi ces éléments, quels sont ceux qui doivent nécessairement être conservés, et quels sont, au contraire, ceux dont la disparition n'altère pas la notion de subrogation ? Tant que l'on n'a pas répondu à cette question, on ne peut savoir en quoi consiste exactement une subrogation réelle.

La réponse peut varier avec les hypothèses. Seule la méthode servant à l'établir est constante. Elle est facile à dégager. La subrogation n'est qu'un procédé répondant à certains buts. En bonne technique, l'outil doit atteindre le but proposé sans le dépasser. Aussi ne faut-il pas s'enfermer dans des affirmations préconçues, comme celle résultant de

(191) *Supra*, sect. I, v. notamment N°s 20, 21, 33, 34, 64.

l'adage « *subrogatum sapit naturam subrogati* » (*supra*, N^os^ 20 et 34). Il n'existe pas de formule cabalistique apportant des solutions providentielles et infaillibles à tous les problèmes soulevés par la vie pratique. La raison ne fournit qu'un critérium permettant de rechercher ces solutions dans chaque conjoncture particulière. Les caractères du droit nécessairement conservés sont ceux capables de soumettre le bien nouveau à la destination que la subrogation se propose de perpétuer. Si, par exemple, cette destination était de servir au paiement préférentiel du créancier privilégié, la subrogation consiste à permettre l'exercice du droit de préférence sur le bien nouveau ; si la destination était d'attribuer à une personne l'usage ou les revenus d'une chose, la subrogation doit conférer le droit à l'usage ou aux revenus du bien nouveau, etc...

Ce critérium ne conduit du reste à déterminer que le minimum de conservation en deçà duquel la subrogation cesse d'être reconnaissable. Mais au delà de cette limite, les buts de la subrogation invitent à soumettre les deux biens aussi identiquement que possible à la même destination. Seules les circonstances imposent une limite supérieure à la conservation. Celle-ci doit logiquement être poussée à son maximum réalisable.

84. — Ces précisions une fois apportées, le problème du concept de la subrogation se pose naturellement. *A priori*, deux éléments s'offrent pour en tracer les cadres.

Le droit subjectif doit d'abord être conservé dans sa *nature*. Si, par exemple, il s'analysait en une propriété sur le premier bien, il devra se présenter avec les mêmes caractères sur le second. Cette simple exigence nous conduira donc à rechercher les caractères distinctifs de la nature du droit en question. Résident-ils dans le contenu des prérogatives reconnues au titulaire, comme l'*usus*, le *fructus*, l'*abusus* pour la propriété ? Convient-il plutôt de les chercher dans le mode d'exercice de ces prérogatives, c'est-à-dire dans la distinction des droits réels et personnels (auquel cas nous aurons à dégager le sens et la portée de cette distinction au regard du problème de la subrogation réelle) ? Le contenu des prérogatives comme le mode d'exercice traduisent la plénitude et l'efficacité de la destination impartie à un bien. Aussi peut-on pressentir que la subrogation doit les conserver tous deux. Alors, le droit établi sur le nouveau bien sera analogue à celui qui existait sur l'ancien. Mais ce résultat ne suffit pas. La perpétuation de la destination appelle non seulement l'analogie, mais encore l'identité de ses moyens de réalisation.

Le droit subjectif doit donc être conservé dans son

identité ? Reste alors à déterminer l'élément qui confère à un droit cette identité. C'est sa source qui se présente comme ayant une vocation normale à remplir ce rôle d'acte de naissance. L'*unité de source* devient ainsi le caractère distinctif de la subrogation réelle. Mais cette unité de source n'a elle-même de sens qu'à l'égard du même sujet actif du droit. On est donc conduit à affirmer *qu'un droit est conservé par la subrogation réelle lorsque, pour un même titulaire, il porte sur le bien nouveau à raison du seul fait de son existence sur le bien ancien sans que la fluctuation matérielle ainsi accomplie soit la source d'un nouveau droit.* Ainsi, on peut voir une subrogation réelle dans l'article 70 de la loi du 1er septembre 1948 stipulant que le bail des locaux d'habitation ou à usage professionnel détruits ou endommagés par faits de guerre est « reporté » sur l'immeuble réparé ou reconstruit en remplacement de l'immeuble primitif. Cette disposition ne crée pas un nouveau bail à l'occasion du dommage de guerre. Elle conserve l'ancien et prévoit même que, s'il a été interrompu par le sinistre, il est considéré comme « suspendu » et qu'il « reprend cours » à la date où la réinstallation devient possible. Le droit du preneur sur l'immeuble reconstruit puise donc sa source dans le seul bail originaire. Il a seulement changé d'objet en vertu d'une véritable subrogation réelle.

Nous aurons à établir nettement ce caractère distinctif essentiel, à en contrôler la viabilité et à mesurer par là l'étroitesse qu'il impose à la notion de la subrogation réelle (*infra*, Nos 527 et suiv. et 551 et suiv.). Etroitesse indéniable et quelquefois subtile (*ibid.*). Mais c'est seulement à ce prix que l'on parvient à donner une consistance ferme au concept de la subrogation et à éviter de désigner par le même mot des procédés techniques différents, qui peuvent du reste parfaitement se compléter pour atteindre les mêmes buts. Nous pourrons alors prendre de la subrogation une notion plus expressive par comparaison avec ces procédés techniques éventuellement complémentaires, mais essentiellement différents tels que l'action *de in rem verso* (cf. *infra*, Nos 326 et suiv. et 531 et suiv), tels surtout que la novation par changement d'objet et la dation en paiement dans lesquelles le changement d'objet, également nécessaire par hypothèse, entraîne l'extinction du droit de créance originaire et la naissance d'un nouveau droit analogue. La subrogation est nécessairement exclue chaque fois que le changement d'objet, où réside son hypothèse technique, constitue lui-même la source d'un nouveau droit.

85. — Le maintien des droits subjectifs dans leur identité constitue donc le caractère qui achève de dégager toute

la précision du concept de la subrogation réelle, dont nous pouvons maintenant proposer la définition suivante :

La subrogation réelle est le remplacement de l'objet matériel d'un droit déterminé par un autre objet matériel (192), *dans le but de maintenir la valeur individualisée par ces deux objets à une même destination.*

Cette définition comprend les éléments essentiels de la subrogation : la fluctuation, la conservation avec son but mettant en œuvre la notion de valeur individualisée) et ses moyens (conservation d'un droit précis dont l'objet n'est que le contenant matériel d'une valeur individualisée). Elle exclut à dessein des éléments importants, économiquement nécessaires, mais non techniquement essentiels comme la provenance des biens en tant que mode d'individualisation de la valeur (cf. *supra,* N° 73).

La notion de la subrogation une fois précisée, les principes qui en gouvernent le fonctionnement découlent logiquement.

II. — FONCTIONNEMENT DE LA SUBROGATION REELLE

86. — Le problème du fonctionnement puise ses données dans la notion même de la subrogation. Celle-ci réside dans la conservation d'un droit dont l'objet change. Tout naturellement, elle ne peut donc se réaliser que si le droit à conserver admet la fongibilité entre ses deux objets successifs. Et, pour savoir s'il en est ainsi, c'est l'organisation technique du droit en cause qu'il faut consulter. *La subrogation réelle, ne puisant sa raison d'être que dans la subordination de l'appréhension des valeurs individualisées à une technique matérialiste* (*supra,* N° 81), *est elle-même à son tour subordonnée à cette technique.*

---

(192) Le mot « matériel » doit être pris dans son sens large de « contenant déterminé d'une valeur individualisée » tel que nous l'avons précédemment indiqué (*supra,* N° 80, note 258 bis) et tel que nous le préciserons (*infra,* N° 168). D'autre part, en parlant, sur un plan général, de « l'objet » matériel d'un droit déterminé, nous désignons le bien que le droit en cause permet d'appréhender soit directement, s'il s'agit d'un droit réel, soit par l'intermédiaire d'un débiteur, s'il s'agit d'un droit de créance de corps certain. Dans ce dernier cas le droit ne porte sur le bien que grâce à la prestation du débiteur. Peu importe au regard de la subrogation réelle que le corps certain soit l'objet *indirect* du droit de créance, puisque son remplacement matériel et fonctionnel se conçoit comme lorsqu'il s'agit de l'objet direct des droits réels. Il nous appartiendra seulement de relever l'incidence possible de cette différence d'appréhension, sur certains problèmes particuliers, au fur et à mesure que nous les rencontrerons (cf., par exemple, *infra,* N°s 187 et suivants, 569 et suivants).

Ce principe fondamental permet de situer la subrogation dans l'ensemble de la technique juridique.

Nous avons vu (*supra*, N° 84) que, par la subrogation réelle, un droit doit d'abord être conservé dans sa nature. Nous devons donc rechercher la réaction du changement d'objet sur le nombre et le mode d'exercice des prérogatives constitutives de cette nature.

Il nous faudra ensuite vérifier si le changement d'objet est compatible avec la conservation du droit dans son identité. C'est ce caractère qui soulève les problèmes de fonctionnement les plus importants. A cet égard, *la possibilité d'une subrogation désirable dépend tout naturellement du degré d'adhérence du droit à la matérialité de son objet*. La subrogation exclue dans sa notion par la fongibilité générale (*supra*, N° 70), est empêchée dans son fonctionnement par l'absence totale de fongibilité. Si elle ne se conçoit que dans des droits dont l'objet est matériel (*supra*, N° 81), elle exige pour se réaliser aisément que ces droits ne s'attachent pas à l'individualité matérielle de leur objet. Elle doit donc s'insérer entre les droits ne portant que sur des valeurs (où elle n'a que faire [*supra*, N° 81]), et ceux qui, portant sur des biens, s'individualisent avec ceux-ci et, par conséquent, pour un même titulaire, disparaissent avec eux.

87. — Pour être exiguë, cette place n'existe pas moins. Les droits qui, tout en considérant les biens dans leur matérialité, ne s'attachent pas à leur individualité, existent. Nous aurons à les déterminer et à montrer que, même pour ce qui les concerne, le plan de la destination en valeur et celui de sa réalisation technique, se distinguent tout en concordant.

Dans de tels droits, la subrogation *doit* jouer de plein droit, c'est-à-dire sous la seule impulsion de ses buts. D'eux seuls découle, en effet, le caractère impératif de la subrogation. Les facteurs techniques n'ont jamais qu'un rôle *passif* : ils permettent la subrogation, mais ne la fondent pas (193). Les auteurs ne sont pas illogiques, par exemple, qui soutiennent que le droit de retour de l'ascendant donateur, tout en portant sur une universalité juridique techniquement favorable à la subrogation, ne saurait être étendu au delà des limites que lui assigne l'article 747, alinéa 2, du Code civil (exercice sur la créance du prix et sur l'action en reprise du bien vendu par le donataire *de cujus*). Ce n'est pas, en effet, dans le concept purement technique d'universalité juridique et de fongibilité qu'il faut rechercher les raisons qui inspirent la subrogation. Ces raisons dépendent de ce que l'article 747, alinéa 2, entend exactement destiner du donateur ; cette

(193) *Contra*, Aubry et Rau, T. IX, § 575, pp. 340 et suivantes ; v. *supra*, N°s 13 et 22 ; rapprocher, *infra*, N°s 556 et suivants.

question suppose la recherche d'un *but* de la subrogation. En l'absence de ce but, la notion d'universalité juridique n'a pas à intervenir, car elle ne peut jamais que permettre une subrogation d'autre part désirable (*infra,* N° 558).

88. — La dualité entre les buts et les moyens est beaucoup plus astreignante dans l'hypothèse, inverse de la précédente, où le droit par lequel se réalise la destination en valeur est lié dans son existence à l'individualité matérielle de son objet. En passant par l'intermédiaire obligé des biens matériels, la destination en valeur s'y trouve alors enfermée. Un véritable *intuitis rei* existant en ce cas entre le droit et son objet matériel, le changement de ce dernier n'est pas possible sans l'extinction du droit. La subrogation ne peut alors s'accomplir sous la seule impulsion de son but. Nous aurons encore à déterminer ces droits, qui sont nombreux, et à mesurer tout le poids du désaccord entre la destination en valeur et la technique qu'elle utilise.

Dans de tels cas, la subrogation n'est du reste pas radicalement exclue. Elle peut fonctionner, mais avec le secours d'une décision spéciale. Nous devrons étudier celle-ci et rechercher comment elle peut surmonter ou tourner les obstacles que la technique oppose à la subrogation. Cette décision spéciale est le moyen par lequel la subrogation peut élargir la place qu'elle doit conquérir au sein d'une technique inadaptée. C'est dire l'importance que revêt cette étude. La portée des décisions spéciales de subrogation, notamment de celles qui intègrent la subrogation à une institution juridique déterminée, révèle tout le rôle qui peut encore échoir à la subrogation malgré des prémisses défavorables.

POSITION GENERALE DE LA QUESTION ANNONCE DU PLAN

89. — Le concept même de la subrogation réelle, dont le seul fait de remplacement nous a permis d'esquisser largement les traits essentiels, révèle donc la position mineure de la subrogation dans l'ensemble du droit.

Simple procédé technique, la subrogation doit d'abord défendre un terrain cantonné par la concurrence d'autres procédés qui permettent d'atteindre les mêmes buts et la rendent ou impossible (comme l'indisponibilité en nature) ou superflue (comme la fongibilité générale entre tous les biens, l'accession, ou l'appréhension immatérielle des valeurs individualisées que réalise, par exemple, la théorie de la dotalité incluse). Il arrive, certes, quelquefois, que la subrogation supplante d'autres techniques. Ainsi, elle rend l'action

de in rem verso inutile dans la mesure où, conservant les droits, elle prévient les enrichissements sans cause (*infra*, N^os^ 533 et suiv.). Sous le régime de la communauté conjugale par exemple, la théorie des récompenses est subsidiaire au jeu de la subrogation réelle (*infra*, N° 675, c). Mais le plus souvent, c'est cette dernière qui est évincée par des procédés concurrents qu'elle peut, du reste, compléter utilement. L'indisponibilité en valeur assurée par la subrogation est susceptible d'étayer heureusement, comme elle le fait sous le régime dotal (cf. *supra*, N° 70 et *infra*, N^os^ 529 et suiv.), l'indisponibilité en nature tout en s'accommodant de la circulation des biens. La perpétuation des droits, malgré le changement de leur objet, rendue vaine par la création de droits nouveaux analogues (notamment par la novation par changement d'objet et la dation en paiement), concourt souvent avec ce dernier procédé à la réalisation des mêmes desseins (cf. *infra*, N^os^ 525 et suiv.) (194).

Sur son domaine, ainsi parcimonieusement délimité, la subrogation ne s'accomplit qu'en se frayant un chemin parmi les obstacles que lui oppose un milieu défavorable. Aboutissant, en fin de compte, à l'appréhension des valeurs individualisées, elle ne se conçoit que dans la mesure où cette appréhension se réalise au moyen d'une technique matérialiste. Dans sa conception même, elle est le fruit d'une dualité, voire d'une discordance. Par essence, elle représente un pis aller et voit sa réalisation naturellement subordonnée à une technique construite pour d'autres fins et qui, par suite, lui oppose souvent des obstacles. De là naît tout le problème de son fonctionnement. L'éluder n'est pas la résoudre. La théorie classique a certes eu le défaut de ne considérer que les facteurs techniques et d'y chercher ce qu'ils ne recèlent pas : le fondement et les raisons de la subrogation qui se trouvait du coup privée de tout dynamisme (cf. *supra*, N° 22). Mais le tort de toutes les théories postérieures, peut-être plus grand encore, est d'avoir ignoré la résistance que la technique oppose souvent à la subrogation (cf. *supra*, N° 35). Ne pas voir un obstacle est le plus sûr moyen de ne pas le franchir. Car la jurisprudence, au contact des réalités, ne peut délibérément en méconnaître les servitudes et s'accommoder de doctrines qui les ignorent. L'analyse directe de ces servitudes se révèle plus féconde et plus exacte en permettant d'en discerner et d'en exploiter judicieusement les fléchissements. L'élargissement obtenu sera sans doute plus limité ;

(194) On verra le jeu complémentaire, judicieusement agencé, de la subrogation réelle et de la création de nouveaux droits, dans la réclamation par le propriétaire des créances d'indemnités dues pour destruction de la chose, sur la base soit de la revendication, soit de l'action personnelle en restitution (article 1303, Code civ.).

mais ne procédant pas de simples affirmations, il aura quelques chances d'être moins fragile et, par conséquent, plus efficace.

Un effort de rationalisation est donc indispensable à tous égards. Mais il n'est possible que s'il repose sur le concept même de la subrogation réelle. C'est pourquoi il nous a paru nécessaire d'esquisser ce concept selon les données que le bons sens invite à tirer du simple fait de remplacement. Les difficultés se sont trouvées du coup situées sur leurs terrains respectifs. Les questions étant ainsi posées à leur place, il nous reste à vérifier si le droit positif confirme les prémisses indiquées par la raison.

Nous aurons donc à analyser successivement le domaine, l'objet, les buts et la technique de la subrogation réelle. Les deux premiers se ramènent à l'étude de la fluctuation matérielle qui s'opère dans un ou plusieurs rapports juridiques accessoires (cf. *supra,* N° 68) et dans laquelle la subrogation trouve son occasion. Les derniers concernent la conservation du droit par laquelle la subrogation se réalise dans un rapport juridique principal (195). C'est pourquoi notre étude se divisera en deux parties consacrées l'une à l'*occasion,* l'autre à la *réalisation* de la subrogation réelle.

(195) *Ibid.*

PREMIERE PARTIE

L'OCCASION
DE LA
SUBROGATION RÉELLE

90. — La subrogation réelle trouve son occasion dans une fluctuation matérielle. Celle-ci concerne seulement l'objet du droit que la subrogation se propose de conserver (*supra*, N° 82). Elle se réalise dans le rapport accessoire de la subrogation (*supra*, N^{os} 67 et 68) et s'analyse en deux termes : disparition de l'objet matériel du droit, apparition d'un bien nouveau susceptible de servir d'objet au même droit.

En étudiant le premier terme de la fluctuation, on est amené à déterminer quand la question de la subrogation peut se poser et ainsi à délimiter son *domaine*. L'étude du second terme de la fluctuation révèle ce qui fait l'*objet* du remplacement et, par là, de la subrogation réelle.

Cette première partie comprendra donc deux titres consacrés au domaine et à l'objet de la subrogation réelle.

TITRE PREMIER

LE DOMAINE DE LA SUBROGATION RÉELLE

91. — Le domaine de la subrogation réelle ne saurait ressortir nettement de l'étude des divers droits dont l'objet est susceptible de changer. Tout droit portant directement ou indirectement (*supra,* N° 85, note 192) sur un objet matériel (*supra,* N° 80, note 187) peut, *a priori,* être le siège d'une subrogation. Aussi, le domaine de celle-ci n'est-il pas révélé par l'examen forcément vague des droits considérés en eux-mêmes.

On peut, en revanche, le déceler avec plus de netteté en partant de l'événement précis d'où résulte l'occasion de la subrogation : la disparition de l'objet matériel du droit. Si cette disparition n'est pas possible, la subrogation ne se conçoit pas ; lorsqu'au contraire cette disparition s'accomplit, la question de la subrogation peut se poser. Les possibilités de ce premier terme de la fluctuation matérielle délimitent donc le domaine de la subrogation. Ce sont ces limites qu'il convient d'esquisser.

Elles dépendent naturellement de la réalisation de la fluctuation matérielle. C'est pourquoi il nous faudra rechercher quels événements produisent celle-ci, comment et dans quelle mesure. Nous étudierons donc en trois chapitres les causes, les conditions et l'étendue de la fluctuation.

CHAPITRE PREMIER

LES CAUSES DE LA FLUCTUATION

92. — La disparition de l'objet matériel d'un droit déterminé peut procéder d'événements multiples et fort divers.

Les uns sont eux-mêmes matériels, comme la perte, la destruction, les modifications et altérations diverses concernant soit la consistance, soit la substance, soit même la simple utilisation des choses (*infra*, N° 97).

Les autres résultent d'actes juridiques dont l'aliénation, volontaire ou sur saisie, ne constitue que l'exemple le plus courant. L'expropriation pour cause d'utilité publique, la réquisition administrative, la mise hors du commerce, en soustrayant les biens à l'emprise des droits privés, sont autant d'autres causes juridiques de fluctuation. Quelquefois, celle-ci est engendrée par la simple désaffectation d'un bien ; le droit par lequel se réalise l'affectation cesse, en conséquence, de porter sur ce bien qui laisse alors la place à un autre ; c'est à l'occasion d'une telle fluctuation que la Cour de Cassation a admis, le 29 avril 1901, la subrogation d'un nouvel immeuble à celui qui avait été donné à une commune chargée d'y entretenir une école, puis simplement soustrait à cette charge de l'accord des intéressés et indépendamment de toute aliénation (1). Lorsque l'objet du droit est un bien incorporel, c'est-à-dire lui-même un droit, comme une créance (2), il peut encore se trouver juridiquement atteint par la nullité, la rescision, la résolution ou la prescription extinctive.

(1) Civ., 29 avril 1901, D. 1902. 1. 33, S. 1903. 1. 321 ; cf. *supra*, N° 23, et *infra*, N° 280.

(2) Cf. Ripert et Boulanger, Planiol, T. I., N° 2.582 ; v. *supra*, N° 80, note 187.

A ces différentes causes, il faut encore ajouter les transferts qui résultent, en matière de droits réels, de la dépossession suivie du jeu, au profit d'un tiers, de l'article 2279 du Code civil ou de l'usucapion.

Nous ne pouvons étudier ici tous ces événements en eux-mêmes. Il est généralement facile de discerner dans chaque cas si la fluctuation qu'ils engendrent constitue ou non une occasion de subrogation réelle. La destruction et l'aliénation revêtent toutefois, par leur fréquence et par les problèmes qu'elles soulèvent, une importance particulière. Nous y arrêterons donc quelque peu notre attention.

SECTION I

LA DESTRUCTION

93. — La destruction d'une chose varie dans sa notion et dans ses caractères, selon qu'elle se présente sous un aspect matériel ou simplement juridique. Il convient de l'envisager dans ces deux formes.

§ 1^er^. — La destruction matérielle

I. — NOTION

94. — La notion de destruction matérielle se précise par l'objet et par l'origine de la destruction.

a) L'objet de la destruction matérielle est nécessairement la *forme* d'une chose. Ce qui confère à un objet son individualité c'est sa forme, c'est-à-dire la façon dont les éléments qui le composent sont assemblés pour lui donner une constitution physique déterminée : *forma dat esse rei.* La chose cesse donc d'exister en tant que telle lorsque cette forme disparaît.

La forme s'oppose ainsi à la *substance* de la chose. La destruction de la substance ne se conçoit pas. Un bâtiment, un meuble sont destructibles, mais non la matière qui en constitue la substance. Celle-ci peut à la rigueur se perdre, de manière qu'on en ignore absolument l'existence (cf. arti-

cle 1302 du Code civil). Cette perte est relative ; elle n'existe que pour certaines personnes et non au regard de la nature. D'un point de vue absolu, seules les formes diverses données à la matière, pour en faire des choses distinctes les unes des autres, peuvent disparaître.

L'intérêt de cette analyse aux allures métaphysiques apparaîtra dans l'examen des conditions auxquelles un événement quelconque fait disparaître l'objet d'un droit. Selon que le droit considéré porte sur la forme ou sur la substance d'une chose, la fluctuation de son objet, consécutive à la destruction matérielle, s'accomplit différemment ou même ne s'accomplit pas (3). D'autre part, la nécessité d'une disparition de forme matérielle, d'une transformation physique, invite à préciser la notion de destruction matérielle par un second élément : son origine.

b) La destruction matérielle s'appliquant par définition même à une forme physique, résulte essentiellement d'un acte matériel, d'une démolition. Cet acte matériel n'est du reste, parfois, lui-même que la conséquence d'un acte juridique ; il en est ainsi, par exemple, des démolitions ordonnées par l'autorité administrative en cas de péril imminent (4). Il peut être le fait de l'homme ou de la nature. Mais en toute hypothèse, cet acte matériel intervient nécessairement, lui seul pouvant entraîner directement la disparition d'une forme matérielle déterminée.

II. — CARACTERES

95. — Une destruction est donc matérielle par son objet et par son origine. Ces deux éléments, qui constituent la notion de destruction matérielle, en commandent les caractères.

a) La destruction matérielle s'appliquant à une forme déterminée peut être soit totale, soit partielle. Ces deux caractères sont strictement physiques. Ils entraînent naturellement des fluctuations différentes dans l'objet des droits (5). La loi les prévoit parfois expressément pour leur attacher des conséquences juridiques différentes. C'est ce que font notamment les articles 623 du Code civil, pour l'usufruit, et 1722 du Code civil, pour le bail.

b) La destruction étant également matérielle par l'acte d'où elle résulte, s'analyse sur le plan juridique en un fait. Comme telle, elle ne peut soulever aucune question de vali-

(3) Cf. *infra*, N^{os} 172 et suivants.

(4) V., par exemple, Req., 31 décembre 1878, D. 1879. 1. 300 ; 24 décembre 1935, D.H. 1935, 83.

(5) Cf. *infra*, N^{os} 210 et suivants.

dité. N'étant pas annulable, elle est irrévocable dès lors qu'elle est accomplie. Ce caractère intéresse particulièrement la théorie de la subrogation réelle qui s'attache au résultat de la destruction. Celui-ci ne pouvant être remis en cause, l'objet détruit laisse définitivement la place à un autre.

Certes, si un fait n'est pas annulable, il peut fort bien être irrégulier parce qu'accompli sans droit. Une destruction peut être, par exemple, le fait d'une personne ne jouissant pas du *jus abutendi*. Elle est alors sanctionnée juridiquement par la responsabilité de son auteur. Une telle sanction n'empêche pas la destruction d'être consommée et d'avoir fait disparaître un objet, considéré dans sa forme matérielle. Et si cette forme matérielle était également l'objet d'un droit, une occasion de subrogation réelle surgit dans l'exercice de ce droit. La responsabilité éventuelle de l'auteur d'une destruction n'oppose pas d'obstacle à la réalisation de la fluctuation matérielle. Le domaine de la subrogation dépend seulement de la validité ou de la nullité de l'événement générateur de la fluctuation. Cette question ne se pose pas à propos de la destruction matérielle.

Il s'ensuit que la distinction des destructions matérielles volontaires et accidentelles est sans intérêt pour déterminer le terrain de la subrogation. La menace d'une éventuelle responsabilité peut bien jouer un rôle préventif des destructions volontaires irrégulières et restreindre ainsi quelque peu le domaine de la subrogation. Mais ce rôle est minime ; il est en tout cas de pur fait et n'empêche pas que les destructions volontaires et accidentelles, une fois accomplies, constituent, au même titre, des occasions de subrogation réelle. Nous pouvons donc rejeter cette distinction, tout comme celle des destructions fortuites et non fortuites (6), comme ne concernant pas la première condition de la subrogation réelle.

c) Définitive sur le plan juridique, la destruction matérielle l'est aussi au point de vue physique. Son objet n'existant plus matériellement, il ne peut plus être atteint par un éventuel droit de suite susceptible de concurrencer la subrogation (*infra*, N^os^ 192 et suiv.). Par ses caractères propres, la destruction matérielle exclut le droit de suite et ouvre par elle-même, si elle remplit par ailleurs les conditions requises (*infra*, N^os^ 171 et suiv. et 191), le domaine de la subrogation réelle.

---

(6) Ce rejet vaut même pour les droits de créance. Même en ce cas la responsabilité du débiteur ayant détruit par sa faute la chose due est distincte de la subrogation, cf. *infra*, N° 651 ; v. en matière de bail, Planiol et Ripert, T. X, par B. Perreau, N° 640.

§ 2. — La destruction juridique

I. — NOTION

96. — Il n'est pas possible de dégager une notion unique de la destruction juridique.

Dans une conception absolue, la destruction juridique résulte de l'impossibilité pour les droits privés de porter sur une chose. Telle est la mise hors du commerce. L'expropriation pour cause d'utilité publique, la réquisition, en constituent des exemples courants. La mise hors du commerce se conçoit également en cas d'établissement d'un monopole comme ceux qui existent sur certaines marchandises (tabacs, poudres, etc...).

Dans une acception plus relative, la destruction juridique peut consister dans la suppression d'une certaine utilité d'une chose déterminée. Par exemple, une intervention législative ou administrative où des modifications matérielles interdisent l'usage en vue duquel un bail a été conclu (7) ; la chose, l'objet d'un usufruit, est désaffectée de l'usage impliqué par cet usufruit (8), etc... Envisagée sous cet aspect, la destruction juridique n'empêche donc pas tous les droits de porter sur la chose qu'elle atteint. Elle est une destruction à l'égard seulement des droits dont elle rend l'exercice impossible. C'est en ce sens qu'elle est relative.

97. — Les éléments constitutifs de la destruction juridique sont, par suite, moins tranchés que ceux de la destruction matérielle (*supra*, N° 95).

a) *L'objet* de la destruction juridique n'est pas nécessairement une forme matérielle déterminée.

La destruction juridique peut s'appliquer à la substance aussi bien qu'à la forme des choses. Rien n'empêche la mise hors du commerce de viser, par exemple, le sol en matière immobilière ou la matière même de certaines marchandises, comme le tabac, les poudres, ou certains métaux en temps de guerre.

Aussi, des genres peuvent-ils faire l'objet de destructions juridiques, encore que l'hypothèse soit peu fréquente. On conçoit, par exemple, que la création d'un monopole analogue à ceux qui existent actuellement sur les allumettes, le tabac, les poudres, entraîne la mise hors du commerce de tout un genre. Sans établir de monopole, le décret du 27 août 1848 abolissant l'esclavage dans les colonies françaises

(7) Guillouard, *Du louage*, 3e édit., T. I, N° 92 ; Planiol et Ripert, T. X., par B. Perrau, N° 639.

(8) Riom, 21 décembre 1885, D. *Jur. gén.*, V° *Usufruit*, N° 290, 2°.

a soustrait tout un genre de chose à l'emprise des droits privés. Le retrait de toute une monnaie réalise un phénomène analogue (9).

L'objet de la destruction juridique est même immatériel, lorsqu'il se ramène à une simple utilité d'une chose déterminée. La remarque revêt une importance particulière lorsque cette utilité constitue également l'objet d'un droit de créance (10).

Ainsi, l'objet de la destruction juridique n'est pas unique ; il peut être, selon les cas, la forme, la substance ou la simple utilité d'une chose et même un genre.

b) *L'origine* de la destruction juridique se trouve le plus souvent dans une décision législative ou administrative, sans intervention nécessaire d'un acte matériel. Il en est généralement ainsi des mises hors du commerce. Tel est également le cas de nombreuses destructions juridiques relatives à certaines utilités d'une chose : par exemple, un arrêté municipal ferme la salle de bal faisant l'objet d'une location, ou un local loué pour l'habitation est soustrait à cet usage par la commission des logements insalubres (11).

Mais la destruction juridique résulte aussi, parfois, d'événements matériels. Le fait, par exemple, qu'une rivière navigable et flottable (faisant donc partie du domaine public) change de lit et recouvre un fonds de terre, fait tomber celui-ci dans le domaine public, son propriétaire n'ayant droit qu'à l'indemnité prévue par l'article 563, al. 3, du Code civil. Il y a également destruction de la chose louée, au sens de l'article 1722 du Code civil, lorsque les travaux d'exhaussement d'un chemin interdisent l'accès des lieux loués, ou lorsque les travaux d'approfondissement d'un cours d'eau rendent inutile l'usage de la chose louée, ou encore quand une diminution de force hydraulique oblige à cesser l'exploitation industrielle en vue de laquelle un immeuble a été loué (12).

La notion de destruction juridique se révèle donc moins homogène que celle de destruction matérielle. Les caractères en sont, par suite, moins nets.

II. — CARACTERES

98. — a) Comme la destruction matérielle, la destruction juridique porte soit sur la totalité, soit sur une partie

---

(9) Cf. Planiol, T. II, N° 621.

(10) *Infra,* N°s 187 et suivants. Rapprocher de la décision que nous avons rapportée, *supra,* N° 94 a).

(11) Cf. Planiol et Ripert, T. X, par B. Perrau, N° 639.

(12) Planiol et Ripert, *op. cit.,*

seulement de son objet. Ces deux éventualités sont également possibles, que la destruction concerne la forme, la substance ou seulement l'utilité d'un bien. La destruction d'une forme matérielle peut s'accompagner d'une disparition totale ou partielle de la substance. L'utilité d'une chose peut disparaître aussi bien partiellement que totalement (13).

b) Lorsque la destruction juridique résulte d'un événement matériel, elle s'analyse sur le plan juridique en un simple fait et ne soulève pas plus de question de validité que la destruction matérielle dont elle présente, à cet égard, les mêmes caractères (*supra,* N° 95, b).

A cette hypothèse, on peut pratiquement assimiler celle où c'est une loi qui réalise la destruction juridique. Notre droit constitutionnel ne permettant pas aux particuliers de contester la validité des lois par la voie contentieuse (14), celles-ci sont, à leur égard, aussi définitives et irrévocables que des faits accomplis. Ce sont des faits du prince.

Il en va différemment lorsque la destruction juridique procède d'une décision administrative. La validité de celle-ci peut être attaquée devant les tribunaux administratifs, et la réalisation de la destruction dépend alors de l'issue du recours intenté. Encore faut-il remarquer que ce recours n'est pas suspensif, en principe (ordonnance du 31 juillet 1945, art. 48). D'autre part, l'ensemble des causes de nullité susceptibles de concurrencer la subrogation réelle en empêchant la destruction juridique de s'accomplir valablement ressortit à l'étude très générale du droit administratif et se trouve, à ce titre, hors de notre propos.

c) A l'instar de la destruction matérielle, enfin, la destruction juridique supprime toute possibilité de droit de suite (15). La mise hors du commerce, en faisant échapper son objet à l'emprise des droits privés, coupe court, par là même, à tout droit de suite. Quant à la destruction juridique qui porte sur la simple utilité d'une chose, elle suppose une hypothèse étrangère au droit de suite. La destruction juridique est donc susceptible d'entraîner par elle-même la disparition de l'objet d'un droit déterminé (16).

99. — Les destructions matérielles et juridiques, si elles ne sont identiques ni dans leur notion, ni dans leurs caractères, sont donc à même d'entraîner une fluctuation matérielle

---

(13) Cf. Nancy, 22 juin 1916, S. 1916. 2. 60.

(14) V. Constitution du 27 octobre 1946, art. 91, 92 et 93.

(15) V. *supra,* N° 95 c.

(16) Si elle remplit la condition que nous étudierons, *infra,* N°s 182 et suivants.

de l'objet des droits dans des conditions fort voisines. C'est pourquoi nous en avons ramené l'étude à celle de la destruction considérée dans son ensemble. Très différente, au contraire, se présente cette autre cause fréquente de fluctuation qu'est l'aliénation.

SECTION II

L'ALIENATION

NOTION ET CARACTERES

100. — L'aliénation est l'acte juridique par lequel un droit est transféré d'une personne à une autre. La notion d'aliénation, dont l'essence est un transfert (et c'est lui qui engendre la fluctuation), se présice donc, comme celle de destruction (*supra,* section I), par son objet et par son origine.

a) *L'objet* de l'aliénation, strictement entendu, n'est pas une chose, mais un droit. Lorsqu'un propriétaire vend sa chose, il n'aliène pas à proprement parler cette chose, mais le droit de propriété qui porte sur elle. L'aliénation n'en intéresse pas moins la subrogation réelle dans toute la mesure où son objet réside dans des droits portant eux-mêmes sur des choses, que celles-ci soient corporelles ou incorporelles.

Il convient, à cet égard, de remarquer que le droit, objet de l'aliénation, n'est pas seulement celui qui constitue une simple chose incorporelle, elle-même objet du droit aliéné et qui joue éventuellement le même rôle qu'un bien matériel corporel (*infra,* N° 168). Selon la conception classique de la transmission des droits (17), le droit aliéné est celui-là même qui fonde le rapport principal de la subrogation réelle. Un propriétaire revendique contre un possesseur qui a aliéné son bien, la créance du prix. L'aliénation, d'où résulte la fluctuation, a porté sur le droit de propriété même, invoqué par le propriétaire contre le possesseur dans le rapport principal de la subrogation (*supra,* N^{os} 67 et 68). Le droit de propriété est considéré comme suivant la chose. En ce sens, la conception classique est objective puisqu'elle individualise les droits par leur objet. Dès lors, l'aliénation de la chose

(17) Ripert et Boulanger, I, N° 2.859.

emporte nécessairement celle du droit. L'aliénateur ne peut avoir sur le bien de remplacement qu'un droit nouveau. Et l'aliénation, en réalisant la fluctuation, ruine du même coup le concept même de la subrogation réelle tel que nous l'avons dégagé et que nous le préciserons (*supra,* N^{os} 82 à 85, et *infra,* N^{os} 211 et suiv., 515 et suiv., 548 et suiv.). La subrogation réelle, dans la mesure où elle conserve à un même titulaire un droit déterminé dont l'objet change, implique une notion plus subjective de l'individualité des droits. Elle suppose que les droits s'identifient par leur source et par leurs sujets et non par leur objet. Alors, l'aliénation peut ne porter que sur cet objet, corporel ou non, et réaliser ainsi la fluctuation matérielle, et elle seule.

Nous devrons, naturellement, délimiter la place qu'il est possible d'accorder à la conception subjective dans le cadre de la conception objective traditionnelle (*infra,* ibid.) Il nous suffit ici de relever que la subrogation réelle désolidarise les droits subjectifs de leur objet matériel et que, par suite, l'aliénation est considérée dans cette théorie comme atteignant seulement cet objet (18). Ce dernier, seul, est tenu pour transféré. L'aliénation ne concerne alors que le rapport accessoire de la subrogation.

L'objet de l'aliénation étant ainsi ramené à celui des droits, il consiste, selon les cas, dans la forme, la substance, voire dans l'utilité des choses. L'aliénation n'est pas davantage que la destruction juridique limitée à des formes matérielles, comme l'est la destruction matérielle (*supra,* N^{os} 94 et 97). Et, selon l'étendue de l'objet qu'elle atteint, l'aliénation est soit totale, soit partielle, tout comme la destruction juridique (*supra,* N° 98).

Mais elle diffère essentiellement de toute destruction, même simplement juridique, en ce qu'elle n'oppose aucun obstacle à l'emprise des droits privés sur les choses. Non seulement elle n'implique aucune altération matérielle de son objet, mais encore elle n'empêche même pas nécessairement le droit dont l'objet est aliéné de continuer à porter sur lui. En cela, elle se distingue de la destruction juridique, même relative (*supra,* N° 96). L'aliénation, simple transfert, n'atteint pas, à elle seule, son objet de façon telle que tout droit de suite devienne forcément impossible. Ce caractère ne peut manquer d'influencer les conditions auxquelles l'aliénation est susceptible d'engendrer la fluctuation matérielle (*infra,* N^{os} 192 et suiv.).

Il souligne, au surplus, la nature purement juridique de l'aliénation. Cette nature ne se manifeste pas seulement par

---

(18) Cette remarque souligne, au passage, les anomalies techniques auxquelles conduit la subrogation réelle.

les modifications que l'aliénation imprime à son objet ; elle se révèle aussi dans l'acte dont l'aliénation procède et qui constitue le second trait par lequel la notion se précise.

101. — b) Alors que la destruction, même juridique, résulte parfois d'actes matériels (*supra*, N° 97, b), *l'origine* de l'aliénation se trouve toujours dans un acte juridique. L'effet translatif de ce dernier n'est subordonné à aucun événement matériel supplémentaire, tel que la tradition dont la nécessité est aujourd'hui abolie (19). Il serait superflu d'évoquer un principe aussi connu, s'il ne favorisait la réalisation des fluctuations matérielles en rattachant directement les aliénations aux actes juridiques.

L'inapplication de ce principe aux testaments, dont l'effet translatif n'existe qu'au décès du testateur, n'a même pas à nous retenir. Les aliénations propres à engendrer des fluctuations intéressant la subrogation réelle ne peuvent, en effet, résulter d'actes à titre gratuit qui, par hypothèse, ne font pas apparaître de bien de remplacement (20). Les libéralités, legs ou donations, réalisent des pertes nettes pour le patrimoine du disposant. Aussi, les fluctuations qui en découlent ne font elles pas naître d'occasion de subrogation. Mais si les actes à titre gratuit demeurent ainsi étrangers au rapport accessoire de la subrogation, il est clair qu'ils sont aptes à fournir l'armature du rapport principal. La subrogation peut avoir à jouer, par exemple, lors de la révocation d'une donation ou lors de l'exécution d'une charge contenue dans une libéralité. De telles conjonctures ont même suscité un mouvement jurisprudentiel et doctrinal marquant dans la théorie générale de la subrogation réelle (*supra*, N^{os} 23 et 63). La libéralité est alors la source du droit qu'il s'agit de conserver (droit du donateur agissant en révocation, droit du bénéficiaire agissant en exécution de la charge), la fluctuation étant produite par des actes onéreux conclus par le gratifié.

L'aliénation, génératrice d'une fluctuation matérielle dans le rapport accessoire de la subrogation réelle, procède donc d'actes juridiques à titre onéreux. Ces actes sont parfois accomplis volontairement par l'aliénateur et par l'acquéreur eux-mêmes ; ce sont alors des contrats, comme la vente, l'échange, l'apport en société, les placements divers réalisant des emplois et des remplois. Mais il arrive aussi qu'ils soient imposés à l'aliénateur. Tel est le cas, notamment, lorsqu'un bien de celui-ci est saisi. Hormis la saisie, notre droit ne connaît qu'un nombre assez restreint d'aliénations forcées. On peut noter parmi elles la cession de la mitoyen-

(19) Articles 1138 et 1583 du Code civ. ; v., par exemple, Ripert et Boulanger, 1, N° 2.885).

(20) Demogue, *Rev. crit.*, 1901, p. 303 ; cf. *infra*, N° 281.

neté (article 661 du Code civil), les échanges auxquels sont astreints les propriétaires immobiliers par l'article 14 de la loi du 9 mars 1941 (21) sur le remembrement de la propriété foncière. Parfois, enfin, c'est l'acquisition qui est forcée, comme dans le cas du délaissement du navire, imposé aux assureurs pour obtenir le paiement de l'indemnité d'assurance conformément aux articles 369 et suivants du Code de commerce. Le caractère obligatoire de ces différentes aliénations ne mérite mention que dans la mesure où il accroît quelque peu, en fait, les occasions de subrogation réelle. A cet égard, la saisie réalise le cas le plus courant d'aliénation forcée qui doive être retenu sur le plan général. Mais cette incidence particulière et limitée sur le domaine de la subrogation réelle une fois notée, il importe bien davantage de relever le trait commun de toutes ces aliénations, volontaires ou forcées, qui est de procéder d'un acte juridique.

Ce trait commun commande l'assimilation des deux variétés d'aliénations, car la question de leur validité va se poser également à leur sujet. S'opérant par un acte juridique, l'aliénation ne peut être considérée sur le plan juridique comme définitivement acquise et, avec elle, la fluctuation qu'elle est susceptible d'engendrer, par le seul fait qu'elle est intervenue. Il faut, de plus, qu'elle ne soit pas atteinte par une cause de dissolution initiale. Telle est la condition qu'elle doit remplir. La nullité de l'aliénation apparaît ainsi, notamment comme opposant en principe et dès l'abord une concurrence à la subrogation réelle. L'aliénation diffère en cela non seulement de la destruction (*supra*, N^es^ 95, b, et 98, b), mais encore de l'usucapion et de la mise en possession de bonne foi des meubles corporels. Ces deux modes d'acquérir attribuant les droits réels à de nouveaux titulaires aboutissent bien, lorsqu'ils sont admis au même résultat que les aliénations valables. Mais à la différence de ces dernières, ils reposent sur le fait de la possession. S'ils aboutissent pratiquement au transfert des droits réels (et des choses qui en sont l'objet), ils ne reposent pas essentiellement sur des actes juridiques visant ce transfert (22). Par suite, ils ne sont pas eux-mêmes annulables (23) et constituent, dans cette

(21) Validée par l'ordonnance du 7 juillet 1945 ; la matière des remembrements comporte de nombreuses décisions spéciales de subrogation réelle : cf. *infra*, N° 628.

(22) Ils sont du reste en général étudiés distinctement ; v., par exemple, Planiol et Ripert, T. III, par M. Picard : parmi les modes d'acquérir la propriété (3^e^ partie), le transfert et l'usucapion font l'objet de deux chapitres distincts (II et III).

(23) Il faut naturellement faire une réserve en matière immobilière pour l'usucapion abrégée supposant un juste titre qui peut être nul. Une aliénation nulle de nullité absolue, ou de nullité relative prononcée, ne peut servir de juste titre (cf. Planiol et Ripert, T. III, par M. Picard, N° 704). Mais c'est seulement l'abréviation du délai

mesure, des causes distinctes de fluctuation. A ce titre, ils ne sont du reste pas sans influence sur les conditions dans lesquelles une aliénation peut opérer une fluctuation. En paralysant l'exercice du droit de suite, que celui-ci accompagne normalement la nullité de l'aliénation ou qu'il survive à une aliénation valable, l'usucapion et la mise en possession de bonne foi des meubles favorisent la réalisation des fluctuations consécutives aux aliénations. Leur rôle n'est donc pas étranger à celui des aliénations, et c'est sous cet angle que nous l'envisagerons. Mais ainsi entendu, il concerne les conditions de la fluctuation engendrée par l'aliénation et non ses causes. Nous l'étudierons donc à propos de ces conditions (*infra,* N^{os} 193 et suiv., 206 et suiv.). Nous mentionnerons tout au plus ici la concurrence opposée à la subrogation réelle par l'imprescriptibilité, dans la mesure où celle-ci est un accessoire de l'inaliénabilité, dont elle garantit l'efficacité.

L'indisponibilité en nature (24) mérite bien, elle, de nous retenir, car elle entraîne la nullité des aliénations, qui la méconnaissent. Or, c'est à la nullité que se heurte le domaine de la subrogation réelle. Et la nullité se trouve ainsi sur la limite de ce domaine, dans la mesure où elle est un mode de dissolution de l'aliénation. La concurrence à la subrogation réelle se manifeste dans tous les cas où l'effet translatif de l'aliénation, d'où résulte l'occasion de la subrogation, doit être ignoré ou supprimé, c'est-à-dire dans tous les cas où l'aliénation est dissoute par la nullité, la rescision, la résolution, voire la résiliation.

Une vue d'ensemble des causes de dissolution des aliénations conduit donc à discerner les limites qui cernent sur un plan très général le domaine de la subrogation réelle né du chef de ces actes. Ce domaine, toutefois, n'est pas révélé seulement par un tel aperçu, il dépend aussi des facilités avec lesquelles la dissolution est mise en œuvre. Car, en définitive, c'est le résultat acquis par cette sanction qui supprime l'occasion de subrogation réelle. Selon que la nullité, la rescision, la résolution, la résiliation sont plus ou moins aisément obtenues, le domaine de la subrogation est plus ou moins étroit. Aussi convient-il, pour le délimiter, du moins dans ses grandes lignes, d'étudier la dissolution des aliénations non seulement dans ses causes, mais encore dans sa mise en œuvre.

---

de possession qui dépend ainsi de la validité de l'aliénation. Il reste que l'usucapion en elle-même est essentiellement fondée sur un fait : la possession prolongée. Et dans cette mesure elle se distingue de l'aliénation qui repose seulement sur un acte juridique.

(24) L'indisponibilité en nature s'oppose à l'indisponibilité en valeur qui, loin d'exclure la subrogation réelle, est au contraire dégagée par elle : cf. *supra,* N^{os} 70 et 76, et *infra,* N^{os} 115 et suivants.

§ 1er. — Les causes de dissolution de l'aliénation

102. — Les causes de dissolution de l'aliénation peuvent se situer dans le rapport accessoire de la subrogation réelle, siège de l'aliénation (*supra,* Nos 67 et 68). Tel est le cas, par exemple, lorsque la dissolution résulte d'une nullité viciant en son fond ou en sa forme l'acte même d'aliénation (*infra,* Nos 104 et suiv.). La dissolution puise aussi parfois sa source dans le rapport principal de la subrogation. Un donateur, par exemple, a inséré dans une donation avec charge une clause interdisant au donataire d'aliéner le bien donné ; au cours d'un procès, en exécution de la charge, une éventuelle subrogation réelle dans le rapport principal issu de la donation (*supra,* N° 101) se trouve évincée par la nullité de l'aliénation conclue dans un rapport juridique accessoire par le donataire, en violation de la clause d'inaliénabilité. Cette nullité opère donc dans le rapport accessoire, mais découle de la donation génératrice du rapport principal. Un cas analogue est réalisé lorsque l'aliénation tombe parce que le droit de l'aliénateur est lui-même annulé, résolu ou révoqué (*infra,* Nos 147 et suiv.).

Dans ce dernier cas, du reste, la dissolution ne résulte pas seulement du rapport principal, mais elle s'y applique aussi et n'atteint l'aliénation intervenue dans le rapport accessoire qu'indirectement et par répercussion. L'anéantissement rétroactif de l'acte juridique, qui constitue le titre de l'aliénateur, se réfléchit sur les aliénations consenties par cet aliénateur par voie de conséquence logique, mais indirecte. Cet effet-réflexe mérite en lui-même une attention particulière. C'est pourquoi il convient de distribuer parmi les causes de dissolution, celles qui frappent directement l'aliénation elle-même, et celles qui l'atteignent indirectement par l'intermédiaire d'un autre acte.

Article premier. — LES CAUSES DIRECTES DE DISSOLUTION

103. — Les règles qui commandent de dissoudre les aliénations et, par là, d'en ignorer l'effet rétroactif, sont aussi diverses qu'innombrables. Elles sont, pour cette raison, difficilement réductibles à des catégories nettement distinctes. Leur examen conduit en réalité à entreprendre un véritable tour d'horizon juridique où de simples points de repère situent la subrogation réelle dans l'ensemble du droit, plus fidèlement sans doute que ne le feraient des classifications rationnelles, mais déformantes. Tout au plus peut-on remar-

quer que, parmi ces règles, certaines se fondent sur l'absence ou les vices d'éléments inhérents à l'acte juridique lui-même, qui conditionnent sa validité en toute hypothèse (objet, cause, modalités de l'acte, consentement, etc...). En ce sens, on peut voir dans l'absence et les vices de tels éléments des causes de dissolution intrinsèques à l'acte d'aliénation. D'autres, qui s'ajoutent aux précédentes, n'entraînent la dissolution de l'aliénation qu'en raison précisément de son effet translatif et dans certaines circonstances de fait économiques, sociales, voire politiques (affectations diverses d'un bien à des intérêts individuels, familiaux, rendant ce bien indisponible, etc...), extérieures à l'acte juridique. Ces causes de dissolution sont, dans cette mesure, extrinsèques à l'acte d'aliénation.

La distinction est surtout descriptive puisque, dans les deux cas, l'acte d'aliénation est dissous en même temps que son effet translatif est rapporté. Mais c'est bien de décrire qu'il s'agit ici. Il est du reste notable que les raisons de la dissolution ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Dans le premier, le vice de l'acte juridique entraîne par voie de conséquence la suppression de l'effet translatif. Dans le second, à l'inverse, c'est l'effet translatif qui est visé, et sa suppression est obtenue par le moyen de la dissolution de l'acte juridique (25). L'aliénation est donc dissoute, tantôt parce qu'elle est un acte juridique comme les autres, tantôt parce qu'elle est un acte de disposition. Il est, par suite, naturel que la deuxième catégorie de causes de dissolution ait une incidence plus précise que la première sur le domaine de la subrogation réelle. Ces causes visent principalement le fait même qui engendre l'occasion de subrogation : l'effet translatif de l'aliénation. Aussi, les causes de dissolution extrinsèques à l'acte d'aliénation opposent-elles à la subrogation réelle une concurrence de fait, plus directe sinon plus efficace (26) que ne le font les causes intrinsèques, moins spécifiques à cet égard encore que plus nombreuses. C'est pourquoi il n'est pas sans intérêt d'examiner ces deux séries de causes de dissolution.

1er POINT. — CAUSES INTRINSEQUES A L'ACTE D'ALIENATION

104. — Ces causes dérivent de toutes les règles de droit commun qui s'opposent à l'aliénation pour des raisons tenant

(25) Cette affirmation doit être nuancée en matière d'incapacité, cf. *infra,* N°s 119 et 120.

(26) Nous verrons (*infra,* N° 207) que l'article 2279, al. 1er du Code civ., anéantit plus facilement les effets des causes extrinsèques que des causes intrinsèques, ce qui souligne l'importance de la distinction que nous adoptons.

à sa qualité d'acte juridique. C'est dire qu'elles sont multiples et très générales et qu'il ne convient ici que de les évoquer, en soulignant au passage leurs fléchissements. Pour ce faire, on peut, selon le droit commun, distinguer parmi ces règles celles qui édictent la nullité ou la rescision, la résolution et l'extinction des aliénations.

I. — CAUSES DE NULLITE OU DE RESCISION DES ALIENATIONS

105. — Si l'assimilation de la rescision à la nullité relative ne souffre aucune objection en droit moderne (27), on a, par contre, contesté que la nullité absolue soit comme la nullité relative une cause de dissolution véritable des actes juridiques.

Rationnellement, a-t-on en effet soutenu (28), la nullité devrait empêcher l'acte juridique de produire ses effets dès le début. Ce qui est nul n'existe pas et ne peut finir ni être détruit ; si rien n'est fait, il n'y a rien à dissoudre. Ce n'est que par une bizarrerie, dont l'origine historique remonte à la *restituo in integrum* romaine, qu'à côté de la nullité véritable on a admis la simple annulabilité qui détruit l'acte après l'avoir laissé produire ses effets un certain temps. Alors, si l'action triomphe, l'annulation dérive de la sentence du juge, qui opère une véritable dissolution de l'acte attaqué. C'est pourquoi les causes de nullité relative peuvent, seules, être considérées comme des causes de dissolution.

Cette opinion ne semble pas devoir nous retenir. Il y a longtemps déjà que les exagérations de la théorie classique des nullités créant une opposition tranché entre les nullités absolue et relative ont été dénoncées (28 bis). La cause de la nullité relative, comme de la nullité absolue, n'est pas le jugement qui la prononce, mais le vice de l'acte. Le jugement n'intervient que dans la mise en œuvre de la nullité. Aussi est-ce à ce propos que nous préciserons au passage, avec d'autres différences entre les deux sortes de nullité, le rôle joué par le jugement en cette matière (*infra*, N^os^ 154 et suiv.). Il nous suffit ici de relever que, pratiquement, il est nécessaire, en toute hypothèse, de recourir au juge pour obtenir l'annulation de l'acte dont une des parties se prévaut (29). Et, en toute hypothèse, ce jugement a un effet rétroactif qui

---

(27) Cf. Planiol, II, N^os^ 1.272 à 1.276, Ripert et Boulanger, I, N° 351.

(28) Planiol, II, N° 1.271.

(28 bis) Cf. Japiot, *Théorie des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1905.

(29) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 343.

remonte à l'acte lui-même (30), de sorte que si cet effet s'opposait à une véritable dissolution, il le ferait aussi bien pour la nullité relative que pour la nullité absolue. En réalité, l'effet rétroactif n'empêche pas les deux sortes de nullité d'opérer comme une dissolution. L'acte a été passé et existe en fait jusqu'au jour où un jugement « prononce » ou « déclare » sa nullité, relative ou absolue. A partir de ce moment, la situation de fait que l'acte avait créée disparaît, et avec elle l'effet translatif, lorsqu'il s'agit d'une aliénation. Les deux sortes de nullité ne sont donc effectives que grâce au jugement qui les déclare ou les prononce, c'est pourquoi elles jouent comme des dissolutions. Et, dans les deux cas, cette dissolution s'accomplit de la même façon rétroactive.

La nullité absolue et la nullité relative entraînant l'inefficacité juridique des aliénations au même titre, c'est-à-dire par la dissolution rétroactive d'une situation qui comportait l'effet translatif d'où peut naître l'occasion de la subrogation réelle, il convient de les assimiler en remarquant, au surplus, qu'elles puisent toutes deux leur source dans la loi, soit expressément, soit tacitement (31). Il suffit, du reste, d'évoquer les principales nullités pour se rendre compte que leur assimilation, en tant que cause de dissolution, est fondée.

106. — Les nullités tenant à la *cause* et à l'*objet* de l'aliénation sont dues à l'inexistence, la fausseté ou l'illicéité de la cause (articles 1131 et 1132 du Code civil) (32), à l'indétermination, l'indéterminabilité, l'impossibilité, le caractère impersonnel au débiteur et, enfin, l'illicéité de l'objet (33). De ces différentes causes de nullités, l'illicéité et l'immoralité de la cause et de l'objet sont pratiquement les plus nombreuses.

On peut en rapprocher les nullités des aliénations dans lesquelles sont insérées des *conditions immorales ou illicites*. En effet, l'article 1172 du Code civil n'annule pas alors seulement la condition, comme le fait l'article 900 en matière de libéralités, mais toute la convention qui en dépend. La jurisprudence interprétant assez strictement ce lien de dé-

---

(30) Ripert et Boulanger, I, N°s 349 et 354.

(31) Cf. Ripert et Boulanger, I, N°s 345 et 351. La règle « pas de nullité sans texte... » est hors de notre propos, puisqu'elle ne s'applique qu'en matière de procédure (art. 1020, code de procédure civile) et selon certains auteurs (Aubry et Rau, VII, § 458, Josserand, Cours, N° 787) de mariage (*contra :* Planiol, I, N° 995, Colin et Capitant, I, N°s 149 et 166, Ripert et Boulanger, I, N° 972).

(32) Le caractère absolu de la nullité pour défaut de cause a été contesté par M. Esmein (Planiol et Ripert, VI, N° 263) qui n'accorde l'action qu'à la partie qui s'est obligée sans contre-partie. L'illicéité de la cause entraîne, au contraire, une nullité absolue qui intéresse l'ordre public (*ibid*).

(33) Cf. Planiol, II, N°s 997 et suivants.

pendance restreint, en réalité, le jeu de l'article 1172 et n'annule la convention que si la condition lui est essentielle, notamment si les parties ont entendu en faire dépendre l'existence de l'obligation (34). Les tribunaux rapprochent ainsi le régime de l'article 1172 de celui qu'ils ont construit sur l'article 900 (35).

107. — Les exigences relatives au *consentement* constituent une autre source importante de nullité inhérente à l'acte juridique d'aliénation. Cette nullité est absolue si le consentement manque, relative s'il est violé (36) ou déraisonnable (37). Tous les fléchissements de ces causes de nullité permettent autant d'avancées du domaine de la subrogation réelle. Les limites de ces avancées ressortent du simple rappel des règles traditionnelles qui régissent les vices du consentement en matière contractuelle puisque aussi bien les aliénations volontaires, créatrices de fluctuations intéressant la subrogation réelle, sont pratiquement toujours des contrats (*supra*, N° 101). Ainsi, l'erreur sur la personne dont la considération n'est pas la cause principale du contrat (article 1110, al. 2, du Code civil), l'erreur ne portant pas sur la substance même de la chose objet du contrat (article 1110, al. 1er, du Code civil), l'erreur sur les motifs du contrat ou sur la valeur de la chose (38), la contrainte, lorsqu'elle ne comporte pas d'élément immoral dans son moyen ou dans son résultat (39), le dol n'émanant pas du cocontractant (art. 1116 du Code civil), fournissent de bons exemples d'un recul de la nullité, élargissant d'autant le domaine de la subrogation réelle.

108. — Le recul est évidemment plus saisissant en matière de *lésion* puisque celle-ci n'entraîne la rescision, entre majeurs, que de la vente d'immeuble lorsque le vendeur est lésé de plus des sept douzièmes du prix (articles 1118 et 1674 du Code civil) de certains autres contrats prévus par des lois récentes (40). Tout au plus peut-on signaler les efforts de la jurisprudence pour imposer un équilibre équitable en-

---

(34) Civ., 21 novembre 1932, D.H. 1933. 19 ; Limoges, 26 janvier 1948, D. 1948. 173.

(35) Cf. Planiol, II, N° 1.269, et III, Nos 3.034 et suivants. Il est notable que la jurisprudence, pour annuler une convention onéreuse sur la base de l'article 1172, se serve souvent de l'idée de cause, sans doute sous l'influence de la notion de « cause impulsive et déterminante » dégagée à propos des libéralités : cf. Planiol, II, N° 1.269, note 2.

(36) Cf. Planiol, II, N° 1.047 ; Colin et Capitant, II, N° 22.

(37) Colin et Capitant, I, N° 572.

(38) Cf. Planiol, Nos 1.056 et suivants.

(39) Cf. A. Breton, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, thèse, Caen, 1925.

(40) Ces contrats ne sont, du reste, pas tous des aliénations et tous ne sont pas rescindés pour lésion ; souvent la sanction de celle-ci

tre les prestations. Encore faut-il remarquer qu'elle est fort gênée pour prononcer la nullité dans le silence des textes et qu'elle se borne souvent à admettre une action en réduction de prix (41). Elle se trouve plus à l'aise lorsque la disproportion est telle qu'un élément essentiel du contrat d'aliénation fait défaut. C'est ainsi que les tribunaux se reconnaissent le droit d'annuler toutes les ventes dont le prix est dérisoire (42). Mais l'absence de prix est une cause autonome de nullité qu'il est, du reste, important de relever au passage comme évinçant éventuellement la subrogation réelle, puisque la vente est le contrat d'aliénation le plus courant.

La lésion n'est une cause générale de rescision qu'en faveur du mineur non émancipé et elle devient, du coup, une condition de la rescision (article 1305). Ce principe, qui concerne les incapacités (*infra*, N[os] 119 et suiv.), ne s'applique du reste que si le mineur a passé un acte que le tuteur aurait pu accomplir seul. Dans le cas contraire, la nullité ne serait plus conditionnée par l'existence d'une lésion. L'acte, d'après la jurisprudence, serait nul en la forme (articles 1311 et 1314 du Code civil) (43).

109. — *Le vice de forme* n'oppose pas à la subrogation réelle une concurrence importante. Le formalisme est généralement exclu des aliénations volontaires (44). Les cas dans lesquels on peut le relever sont exceptionnels.

L'exemple des actes accomplis par les mineurs ou pour leur compte et requérant certaines formalités autres que la simple intervention du tuteur (pour le mineur non émancipé) ou du curateur (pour le mineur émancipé) ne constitue pas une véritable exception au principe général exclusif du formalisme. Certes, ces actes, au nombre desquels figurent les aliénations d'immeubles (article 457 du Code civil), de meubles incorporels (loi du 27 février 1880, article 2) et, peut-être, de meubles corporels (article 452 du Code civil (45), sont « nuls en la forme », selon l'expression de l'article 1311 du Code civil consacrée par la doctrine (46). Mais il faut

---

est la réduction du prix. Cf. Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N° 213 ; Ripert et Boulanger, II, N° 277. Nous ne mentionnons pas la lésion de plus du quart entraînant la rescision du partage (art. 887 du Code civ.), le partage n'étant pas une aliénation (cf. Planiol, III, N° 2.405).

(41) Cf., par exemple, dans les cessions d'offices ministériels, Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 214.

(42) Planiol et Ripert, par J. Hamel, N[os] 40 et 41.

(43) Cf. Planiol, II, N[os] 1.084 et 1.085, Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N° 79.

(44) Planiol, II, N° 993 ; Ripert et Boulanger, I, N° 295.

(45) Cf. *infra*, N° 119.

(46) Cf. Planiol et Ripert, I, par R. Savatier, N° 290, VI, par P. Esmein, N° 79 ; Planiol, II.

entendre par là qu'il n'est point utile, pour les faire tomber, de prouver la lésion, comme c'est le cas pour les actes non soumis à des formalités autres que l'intervention du représentant légal ou du curateur (article 1305 du Code civil) (47). Il n'en reste pas moins que ces formalités supplémentaires ne sont pas, comme on l'a justement remarqué (48), des solennités intrinsèques de l'acte, mais des mesures de protection, ce qui explique leur sanction par la nullité simplement relative (49). Il en est ainsi, que l'acte ait été passé par l'incapable lui-même ou par son représentant légal (50).

On peut, en revanche, voir un véritable formalisme dans l'article 1394 du Code civil, exigeant que le contrat de mariage soit passé devant notaire. Ce contrat de mariage peut contenir des aliénations diverses à titre onéreux, ainsi du reste que d'autres conventions. Si ces aliénations sont étrangères au régime matrimonial, comme il arrive parfois (51), elles suivent leur régime propre de validité (52). Si, au contraire, elles concernent le régime matrimonial, elles sont soumises au formalisme du contrat de mariage, ce qui est normal puisque ce formalisme assure l'une des garanties du régime (53). Ainsi, la constitution de dot effectuée par la femme adoptant le régime dotal fait obligatoirement partie du contrat de mariage, seule source de la dotalité (54). Or, cette constitution de dot emporte aliénation au mari lorsque les biens qui en sont l'objet ont été estimés au contrat sans autre précision s'il s'agit de meubles (article 1551, al. 1, du Code civil), ou avec déclaration expresse que l'estimation vaut vente s'il s'agit d'immeubles (article 1552 du Code civil). La constitution de dot intervenue dans ces conditions fournit un exemple d'aliénation volontaire soumise au formalisme. Les hypothèses de ce genre sont, on le voit, assez particulières, encore que très réelles.

En revanche, le formalisme de la constitution d'hypothèque (article 2127 du Code civil) ne paraît devoir exercer, sur le domaine de la subrogation réelle, qu'une influence théorique. Si l'hypothèque, en effet, est très fréquemment le siège d'une subrogation réelle (55), sa constitution ne réalise pratiquement jamais une fluctuation de l'objet d'*un autre* droit. Par exemple, le propriétaire, à qui l'hypothèque s'oppose,

(47) Cf. doctrine précitée.
(48) Cf. Planiol, II, N° 1.086, Colin et Capitant, I, N° 556.
(49) *Ibid.*
(50) Colin et Capitant, I, N° 558, 1°.
(51) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 56.
(52) Cf. *op. cit.*, N°s 56 et 127.
(53) Notamment son immutabilité, Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 66.
(54) *Op. cit., IX*, N° 1.060 et note 2.
(55) Cf. *infra*, N°s 554, 664, 684 et suivants.

voit bien sa propriété démembrée. Mais il est difficile d'imaginer que ce démembrement fournisse par lui-même l'occasion d'une subrogation sur un bien remplaçant la partie démembrée. Pour qu'une occasion pratique de subrogation apparaisse, il faut imaginer la destruction ou même la saisie par le créancier (56). Alors, une fluctuation est réalisée, mais dans l'objet même de l'hypothèque en même temps que dans celui du droit hypothéqué.

L'aliénation sur saisie représente, elle, une hypothèse très importante en pratique d'aliénation soumise au formalisme. On ne peut plus, au demeurant, parler alors d'exception puisqu'il ne s'agit plus d'aliénation volontaire. Les vices de forme pouvant entraîner la nullité des saisies sont nombreux (57). Ils opposent ainsi des obstacles sérieux aux multiples subrogations pouvant jouer à propos des saisies, notamment en matière de sûretés réelles. Ils ne constituent du reste pas la seule cause de nullité des saisies. Il en est d'autres, mais qui sont extrinsèques à la saisie, comme celles qui résultent de l'incapacité du débiteur saisi de s'obliger, ou du caractère insaisissable de certains biens. Nous les mentionnerons en examinant ces différents points (*infra*, N^os^ 115 et suiv.).

II. — CAUSES DE RESOLUTION DES ALIENATIONS

110. — La résolution, comme l'annulation, entraîne la dissolution rétroactive des actes juridiques qu'elle atteint (58). Aussi, ces deux modes de dissolution se distinguent-ils moins par la façon dont ils opèrent que par leur cause. La résolution s'applique aux aliénations volontaires ; et on peut dire que le contrat d'aliénation est résolu lorsqu'il est détruit rétroactivement par une cause autre qu'une nullité initiale (59). Mais, pour être moins « initiales » que les nullités, les causes de résolution ne dérivent pas moins d'éléments inhérents à l'acte juridique lui-même. Ce fait, qui paraît évident lorsque la résolution a une cause conventionnelle, est également vrai lorsqu'elle a une cause légale.

111. — La résolution a une *cause conventionnelle* lorsqu'elle résulte de l'insertion d'une condition résolutoire in-

---

(56) *Ibid.*

(57) Ils résultent des règles qui régissent les procédures d'ordre (art. 749 et suivants du code de proc. civ.) et de distribution par contribution (art. 656 et suivants du code de proc. civ.), cf. Planiol, II, N^os^ 191 et suivants, 202 et suivants.

(58) Cf. Planiol, II, N^os^ 1.270 et 1.302.

(59) *Op. cit.*, N° 1.302.

sérée dans l'acte d'aliénation. Si la condition résolutoire se réalise, l'aliénation tombe, ainsi que tous ses effets (60), y compris l'effet translatif.

Il est notable que le caractère illicite et immoral de la condition résolutoire peut jouer en faveur du maintien de l'aliénation et consolider ainsi l'occasion de subrogation réelle. Certes, en principe, l'article 1172 du Code civil annule la convention qui dépend de la condition illicite, de sorte que de toute façon l'aliénation doit tomber. Mais la jurisprudence, que nous avons déjà signalée (*supra*, N° 106, note 34), selon laquelle la condition illicite ne rend plus nulle la convention, dont elle n'est qu'un accessoire, exerce ici son influence. Si la condition résolutoire n'est pas essentielle à l'acte d'aliénation, elle est seule nulle et l'aliénation échappe ainsi à la résolution.

Les conditions résolutoires conventionnelles sont, naturellement, très diverses. On peut citer comme exemple le réméré inséré dans une vente. Le réméré, que le Code civil qualifie faculté de rachat (article 1659 du Code civil), opère en réalité, lorsqu'il est exercé, la résolution rétroactive de la vente et de son effet translatif (61). Les facilités accordées par la jurisprudence pour l'exercice du réméré (62) suppriment naturellement autant d'occasions de subrogation réelle. Les conditions résolutoires insérées dans les contrats synallagmatiques pour défaut d'exécution de son obligation par l'une des parties à une certaine date, fournissent un autre exemple de résolution conventionnelle (63). Ces conditions n'ont d'intérêt que si elles précisent que la résolution a lieu de plein droit (64). Sinon, elles ne font que doubler la résolution prévue par l'article 1184 du Code civil qui, elle, est légale.

112. — La résolution a une *cause légale* lorsqu'elle est due, en l'absence de toute convention sur ce point, à l'inexécution des obligations de l'une des parties. La règle est posée, en général, pour les contrats synallagmatiques par l'article 1184 du Code civil et est appliquée à la vente par l'article 1654, au profit du vendeur non payé.

Certains auteurs expliquent le droit du créancier à obtenir la résolution du contrat par une condition résolutoire conventionnelle tacite, chaque partie ne donnant à la convention qu'un consentement conditionnel subordonné à l'exécution réciproque des obligations (65). D'autres auteurs recou-

(60) *Op. cit.*, N° 1.306.
(61) Planiol, II, N° 1.582.
(62) *Op. cit.*, N° 1.583.
(63) *Op. cit.*,, N°s 1323 et suivants.
(64) *Op. cit.*, N° 1.324, 2°, et *infra*, N° 157.
(65) *Op. cit.*, N° 1.309.

rent à l'idée de cause (66), d'autres encore à la notion d'équivalence (67). Il est sûr, en tout cas, qu'on peut voir dans ce droit l'expression même de l'interdépendance des obligations résultant des contrats synallagmatiques. Et cette raison, quelle que soit son explication doctrinale, est inhérente à ce type d'actes juridiques et lui est intimement liée.

La résolution légale obéit à des règles différentes de celles qui régissent la résolution conventionnelle. Ces différences concernent surtout la mise en œuvre de la résolution (*infra*, N° 157). Mentionnons seulement ici le rôle joué par l'inexécution partielle. Elle entraîne la résolution lorsque la prestation partielle fournie par le débiteur est sans utilité pour le créancier. Dans le cas contraire, la résolution n'est pas nécessairement exclue ; les juges peuvent la prononcer, et ils se réservent à cet égard un pouvoir discrétionnaire d'appréciation limité seulement par l'impossibilité de ne résoudre le contrat qu'en partie (68).

III. — CAUSES D'EXTINCTION DES ALIENATIONS

113. — Ce sont les causes qui entraînent la dissolution non rétroactive des aliénations. L'absence de caractère rétroactif n'empêche pas la dissolution de faire obstacle à la subrogation réelle. Certes, l'effet est moins énergique. Mais après l'extinction, la question de la subrogation ne peut plus se poser, ou du moins elle s'exclut elle-même. Le bien aliéné qui avait, dans les mains du vendeur, laissé la place à une créance de prix, remplace à son tour cette créance si la vente est résiliée. Que l'on admette alors la subrogation, par exemple dans une revendication intentée contre le vendeur, et elle aboutit à restituer au revendiquant son propre bien ! Or, par la subrogation, le revendiquant met en œuvre son droit initial (*infra*, N^{os} 520 et suiv.) ; de sorte que tout se passe, pratiquement et théoriquement, comme si la fluctuation n'avait pas eu lieu. Et comme sans fluctuation la subrogation ne se conçoit pas (*supra*, N° 66), on voit que la notion se détruit elle-même. L'extinction, même non rétroactive, de l'aliénation fait donc obstacle à la subrogation réelle.

114. — L'hypothèse est, du reste, assez rare en fait. L'extinction non rétroactive de l'aliénation peut résulter d'un

(66) Capitant, *De la cause des obligations*, N^{os} 147 et suivants ; Colin et Capitant, II, N^{os} 58 et 151.

(67) Maury, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, T. I., pp. 264 et suivantes.

(68) Cf. Planiol, II, N° 1321.

(69) La résiliation peut, du reste, être rétroactive. Il suffit pour cela que les parties le décident. Elle opère alors comme une résolution.

terme extinctif ou d'une résiliation (69). Ces deux modes de dissolution s'emploient surtout dans les contrats entraînant une prestation prolongée ou des prestations successives (70). Ils n'ont, néanmoins, rien d'inconcevable dans les aliénations.

La résiliation non rétroactive opère comme un terme extinctif (71). Lorsqu'elle est conventionnelle, elle peut résulter d'une convention postérieure mettant fin aux effets de l'aliénation antérieure. Alors, la cause de dissolution n'est pas moins inhérente à l'aliénation, car le *mutuus dissensus* dérive du *mutuus consensus* qui, lui, est un élément intrinsèque à l'acte juridique d'aliénation. Plus souvent, la résiliation conventionnelle est prévue dans l'acte initial d'aliénation qui permet à l'une des parties de mettre fin, à un certain moment, aux effets du contrat par une simple déclaration unilatérale de volonté. Il faut seulement noter, qu'en ce cas, le domaine de la subrogation se trouve quelque peu réduit en fait, dans la mesure où la résiliation s'accomplit plus facilement.

La résiliation légale des aliénations est difficilement concevable. Ce mode d'extinction ne se produit que par la mort d'une des parties et ne s'applique qu'à certains contrats (72), généralement étrangers aux aliénations. On ne peut guère relever à cet égard que le contrat de société, lorsqu'il est l'occasion d'un apport en propriété. Cet apport a réalisé une aliénation (73). Mais si la mort d'un des associés est une cause de résiliation de la société (article 1865, 3°, du Code civil), on peut hésiter à la qualifier ainsi à l'égard de l'aliénation réalisée par l'apport. Au partage de la société dissoute, il est, certes, possible que le bien apporté soit attribué à l'associé apporteur. Toutefois, une telle variété de restitution ressemble plus à une opération inverse de l'apport qu'à une véritable résiliation.

2e POINT. — CAUSES EXTRINSEQUES A L'ACTE D'ALIENATION

115. — Ces causes de dissolution ne sont pas, comme les précédentes, le fruit de préoccupations, surtout techniques, relatives à la rectitude de l'aliénation envisagée comme une simple variété d'acte juridique analogue en cela à bien d'autres. Elles sanctionnent les considérations les plus diverses d'ordre moral, social, familial, économique, etc... Il s'agit,

(70) Cf. Planiol, II, N°s 603 et 1328.
(71) *Op. cit.*, N° 1331.
(72) *Op. cit.*, N°s 1332 et suivants.
(73) *Op. cit.*, N° 1953.

dans certaines circonstances de fait déterminées, de protéger une catégorie particulière de personnes, de défendre des intérêts privés ou collectifs, d'assurer l'affectation d'un bien à un but quelconque, bref, d'atteindre des fins qui sont beaucoup plus sensibles au rôle joué en fait par l'aliénation qu'à sa nature d'acte juridique. Or, ce rôle dépend des effets de l'acte et avant tout de son effet translatif. Aussi est-ce cet effet qui est principalement visé. C'est lui que l'on veut atteindre en supprimant l'acte juridique dont il découle. De sorte que l'aliénation est ici très naturellement considérée, surtout comme acte de *disposition*. Ce fait est la conséquence normale des motifs, extrinsèques à l'acte juridique, qui inspirent sa dissolution. Les causes de dissolution extrinsèques à l'acte d'aliénation se ramènent donc aux différentes interdictions de disposer, c'est-à-dire à l'indisponibilité.

Il faut entendre ce terme dans son sens large. Il recouvre d'abord l'inaliénabilité proprement dite, l'imprescriptibilité, dans la mesure où elle la garantit (74), et l'insaisissabilité, qui n'en est qu'une variété (75). Il convient d'y inclure, ensuite, toutes les interdictions de disposer, qu'elles soient prévues à titre principal ou qu'elles résultent simplement de réglementations diverses dont elles font partie et dont elles sont la conséquence. Toutes intéressent le domaine de la subrogation réelle, dans la mesure où elles entraînent la dissolution des aliénations qui les méconnaissent.

116. — Ainsi comprise, l'indisponibilité est très étendue. Elle déroge pourtant au principe général de libre disposition des biens qui s'oppose à l'insaisissabilité (76) comme à l'inaliénabilité (77). Ce principe d'ordre public exige que l'indisponibilité soit spécialement prévue et étroitement interprétée (78). Le domaine de la subrogation réelle s'en trouve affermi. Mais un tel principe traduit des conceptions sociales et surtout économiques et il est, à ce titre, sujet à maints fléchissements qui sont autant d'obstacles à la subrogation réelle.

Il faut pourtant réserver un certain nombre d'indisponibilités qui sont indifférentes à la subrogation car, si elles empêchent les fluctuations de se produire dans le rapport juridique accessoire, elles s'opposent également à l'existence d'un droit à conserver dans le rapport principal (79). Ainsi, les biens hors du commerce, par exemple ceux du domaine public, sont certes indisponibles. Mais, pour cette même rai-

(74) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 691 ; v. *supra*, N° 101, et *infra*, N° 130.
(75) Cf. *supra*, N° 101.
(76) Cf. Planiol, II, 181.
(77) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N°s 220 et 223.
(78) *Op. cit.*, N°s 223 et 224.
(79) Cf. *supra*, N°s 67 et 68.

son, ils ne peuvent faire l'objet de droits privés à conserver éventuellement par subrogation réelle. Si la mise hors du commerce engendre, au moment où elle intervient, une fluctuation dans l'objet des droits qui portaient précédemment sur le bien et si elle intéresse à ce titre la subrogation réelle (80), elle perd à cet égard tout intérêt une fois qu'elle est établie. Pour la même raison, l'incessibilité d'un certain nombre de droits et choses attachés à la personne, comme le droit de jouissance légale des père et mère, certaines pensions, les droits d'usage et d'habitation (articles 631 et 634 du Code civil), etc... (81) est pratiquement sans influence sur le domaine de la subrogation réelle.

117. — Ces éliminations acquises, les indisponibilités qui subsistent demeurent fort nombreuses. La concurrence qu'elles opposent à la subrogation revêt un caractère de spécificité notable puisqu'elles sont déterminées par l'effet translatif de l'aliénation, effet qui, précisément, fait naître l'occasion de subrogation (*supra*, N° 70).

Très souvent même, l'indisponibilité et la subrogation réelle sont inspirées par des buts identiques ; la seconde, réalisant une indisponibilité en valeur, est subsidiaire à la première qui est en nature. Ainsi, la subrogation réelle est un procédé accessoire de conservation de la dot qui joue lorsque l'indisponibilité en nature de celle-ci fléchit (*infra*, N° 140). Il en va de même dans les biens des mineurs si l'on admet la subrogation dans le droit de propriété de ces incapables (82). La subrogation réelle, procédé subsidiaire de conservation, est donc nécessairement exclue par le procédé principal. La concurrence est ici directe, voulue et d'autant plus sensible que l'indisponibilité et la subrogation ont la même fonction. Mais cette identité de buts n'existe pas toujours pour une même indisponibilité. La subrogation vise ou non les mêmes buts que l'indisponibilité, selon le droit précis dans lequel elle est admise. Par exemple, c'est pour conserver la fortune du mineur que les biens qui la composent sont frappés d'une relative indisponibilité (83). La subrogation réelle viserait le même but si on l'admettait éventuellement dans la revendication exercée par le mineur, au moment de la reddition de comptes, contre le tuteur ayant acquis un bien en son propre nom (84) avec des deniers appartenant au mineur. Mais s'il s'agissait d'une subrogation éventuelle dans un autre droit que celui du mineur, par exemple dans

(80) Cf. *supra*, N° 96.

(81) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 221 et X., par J. Hamel, N^{os} 33 et 308.

(82) Cf. Henry, thèse, pp. 258 et suivantes.

(83) Cf. *infra*, N^{os} 119 et 120.

(84) Henry, *op. cit.*

une revendication dirigée par un tiers *contre* le mineur, il est clair que cette subrogation dans l'intérêt d'une tierce personne viserait des buts fort différents de ceux qui inspirent l'indisponibilité. Les buts d'une même indisponibilité sont donc bien communs à certaines subrogations éventuelles, mais pas à d'autres. De sorte qu'il n'est pas possible de distinguer les différentes indisponibilités selon ce critérium tiré des buts pourtant séduisant au premier abord.

La seule incidence précise, spécifique, des indisponibilités sur le domaine de la subrogation réelle est donc d'ordre simplement objectif et technique : l'indisponibilité, par définition, vise le transfert d'où naît précisément l'occasion de subrogation. En restant sur ce plan technique, il ne convient pas davantage de distinguer les indisponibilités réelles et personnelles. Cette distinction n'est rien moins que discutée (85), tout comme celle, toute voisine, qui prétendrait opposer les indisponibilités créant une incapacité à celles qui n'en créent pas (86). Nous nous résoudrons donc à un classement descriptif selon les sources formelles de l'indisponibilité, qui sont tantôt la loi, tantôt des actes privés. Ce classement a du moins le mérite de rappeler que l'indisponibilité doit résulter d'une prévision expresse, ce qui constitue un facteur d'élargissement du domaine de la subrogation réelle (87).

I. — INDISPONIBILITES LEGALES

118. — Nous ne saurions énumérer ici toutes les indisponibilités légales. Nous délaisserons celles dont le champ d'application est particulier, comme l'insaisissabilité du domaine privé de l'Etat et des collectivités publiques. Les différentes insaisissabilités légales établies dans l'intérêt du

---

(85) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 228, pour l'indisponibilité résultant de clauses d'aliénabilité ; Ripert et Boulanger, III, N°s 1144 et suivants, pour l'inaliénabilité dotale. L'explication de l'indisponibilité dotale par l'affectation familiale de la dot (cf. Bartin, Aubry et Rau, VIII, § 537, notes ; Reynaud, thèse, Toulouse, 1904), repose, en réalité, sur les buts de l'indisponibilité et non sur sa nature technique. En refusant de prendre parti sur ce terrain, elle aboutit à voir dans cette indisponibilité, que la loi organise sans avoir à la qualifier, une institution *sui generis ;* ce qui est sans doute plus sage, mais ce qui montre aussi la vanité de ces qualifications.

(86) Les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens exact du mot. Certaines défenses d'aliéner, comme l'interdiction des ventes entre époux, ou des ventes de la chose d'autrui, sont le plus souvent présentées comme des incapacités particulières (cf. Planiol, II, 1102 ; Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, Vente et Echange, titre I, chap. I, sect. III). Mais cette terminologie est également critiquée (cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2157, qui préfèrent parler de diverses « défenses de contracter » propres à chaque type de contrat).

(87) Cf. *supra,* N° 116.

débiteur ou de l'Etat (88), l'indisponibilité de certaines créances (89), celle qui résulte de la législation récente sur les spoliations (90) ou de l'article 686 du Code de procédure civile annulant les actes de disposition passés par le débiteur saisi après la transcription du procès-verbal de saisie (91), et même, enfin, l'interdiction des ventes entre époux (92). Seules, nous retiendront les interdictions de disposer, dont l'application est suffisamment générale pour restreindre de façon appréciable le domaine de la subrogation réelle. A cet égard, les restrictions imposées aux incapables et aux gérants de la chose d'autrui constituent pour la subrogation réelle deux écueils qui émergent quelque peu de l'ensemble du droit.

A. — Les incapacités

119. — Les incapacités que nous relevons ici sont celles que tout le monde qualifie ainsi (93) et qui concernent les mineurs, les aliénés, les prodigues et les faibles d'esprit.

Les interdictions de disposer qui en découlent sont celles dont le caractère extrinsèque à l'acte d'aliénation peut paraître le plus discutable. Il est, en effet, difficile de faire abstraction dans les raisons qui inspirent de tels régimes des défauts et des vices, dont le consentement des personnes incapables, nécessaire à l'acte juridique lui-même, est au moins suspecté. Quelle que soit la justesse de cette remarque, il n'en reste pas moins que les incapacités sont fondées sur des motifs de *protection* généralement individuelle, quelquefois sociale (94). Cette protection ne recouvre pas seulement un acte précis (94 bis) auquel l'incapable est partie, mais l'activité même de celui-ci envisagée à priori et *dans son ensemble*. C'est aux conséquences des actes et à leurs répercussions sur le patrimoine de l'incapable qu'on est ici sensible. La menace de nullité pesant sur les actes accomplis

(88) Cf. Planiol et Ripert, VII, par P. Esmein, N^{os} 801 et suivants.

(89) Cf. *op. cit.*, N^{os} 1113 et suivants. Il convient de signaler que la cession de l'indemnité de dommages de guerre a été réglementée par la loi du 28 octobre 1946 (art. 32 et 33) afin de maintenir sa destination à la reconstruction. Elle est notamment subordonnée à une autorisation judiciaire. Cf. P. Robino, J. C. P., 1949. 1. 171.

(90) Cf. Ordonnance du 21 avril 1945, art. 1er, annulant les actes de disposition accomplis en conséquence des mesures exorbitantes du droit commun en vigueur au 16 juin 1940. La nullité est absolue (art. 1er, al. 2).

(91) Cf. Planiol, II, N° 206.

(92) Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N^{os} 59 et suivants.

(93) Comparer, *supra*, N° 117, note (86)

(94) Cf. Planiol et Ripert, I, par R. Savatier, N° 248 ; Ripert et Boulanger, I, N° 2153. L'incapacité de l'interdit légal est inspirée par une idée de défense sociale (Planiol et Ripert, *op. cit.*).

(94 bis) Comme c'est le cas dans la nullité relative ordinaire.

par l'incapable amène les tiers à refuser de traiter avec lui ; l'incapable est exclu des affaires et c'est ce qu'on veut. L'effet de l'incapacité est précisément de dispenser de s'occuper de la qualité exacte du consentement donné à l'acte. Peu importe alors le degré de discernement apporté à la conclusion d'un acte juridique. De là, par exemple, l'utilité de l'interdiction pour les aliénés (95). C'est l'inexpérience de l'incapable ou l'impossibilité d'assurer convenablement lui-même la gestion de son patrimoine qui entraîne la nullité des actes. Mais elles ne l'entraînent que dans la mesure où l'incapacité est créée et organisée pour protéger l'incapable. Ces mêmes défauts d'expérience ou de sagesse sont eux-mêmes sans influence sur les actes d'une personne capable. La protection ainsi entendue entre bien dans la catégorie des causes de dissolutions extrinsèques aux actes d'aliénation.

120. — Cette idée même de protection invite à être sensible, surtout aux effets des actes et aux dangers auxquels ces effets exposent l'incapable. A cet égard, l'effet translatif de l'aliénation, éminemment redoutable et redouté, entraîne un régime particulier.

Il est vrai que la particularité du régime ressort assez peu lorsqu'il s'agit d'actes accomplis par l'incapable lui-même. Le mineur (96), l'interdit (97) et, dans une certaine mesure d'après la jurisprudence, le prodigue (98) sont incapables non seulement de disposer, mais de contracter (99). Il est pourtant impossible de ne pas relever, cette base une fois admise, la gradation de l'interdiction selon la gravité respective des actes envisagés dans leurs effets (100), notamment l'incidence du caractère d'acte de disposition qui s'attache aux aliénations, et de ne pas mentionner le régime particulier qui leur est appliqué.

L'incidence est notable pour le mineur. Les aliénations les plus importantes échappent en raison même de la gravité de leur effets, à la règle de la simple rescision pour lésion posée par l'article 1305 du Code civil pour les actes du mineur non émancipé (101) et sont annulables pour vice de forme dans le sens que nous avons précisé (*supra*, N° 109). Des formalités autres que la simple intervention du représentant légal sont, en effet, requises à leur égard. Il en est ainsi des aliénations d'immeubles (article 457 du Code civil), de meubles incorporels d'une valeur supérieure à 7.500 francs

(95) Ripert et Boulanger, I, N^{os} 2396 et suivants, 2427 et suivants.
(96) *Op. cit.*, N° 2201.
(97) Art. 502 du Code civ., *op. cit.* N° 2438.
(98) *Op. cit.*, N° 2488.
(99) Cf. Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N^{os} 78 et suivants.
(100) Cf. Planiol et Ripert, I, par R. Savatier, N^{os} 272 et suivants.
(101) Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N^{os} 78 et suivants.

(loi du 27 février 1880, article 1er) et de meubles corporels, dans la mesure où on leur applique les formes de l'article 452 du Code civil, et si on estime que la violation de ces formes fait écarter la nécessité de prouver une lésion pour faire tomber l'aliénation (102). On ne peut donc soutenir que le caractère d'acte de disposition ne facilite pas le jeu de la nullité, ce qui est de nature à réduire le nombre d'occasions de subrogation.

L'importance attachée à l'effet translatif de l'aliénation ressort également du régime applicable au mineur émancipé (103) et, d'après la jurisprudence, au prodigue (104). Le mineur émancipé peut, dans la mesure nécessitée par l'administration de son patrimoine, vendre seul ses meubles corporels (104 bis) ; ce pouvoir disparaît pour les meubles incorporels (loi du 27 février 1880, article 4) et pour les immeubles (art. 484 du Code civil). Cette gradation tient bien compte de la gravité de l'aliénation considérée comme acte de disposition. C'est bien d'interdictions particulières de disposer qu'il s'agit et il faut seulement noter, car ils ouvrent les occasions de subrogation réelle, les fléchissements de cette indisponibilité, tels que la possibilité des ventes de meubles corporels par le mineur émancipé et par le prodigue.

Un autre fléchissement notable résulte des possibilités qu'ont, plus ou moins, les incapables de s'obliger soit par des actes involontaires comme leurs délits et leurs quasi-délits (105), soit même dans certains cas par des actes volontaires généralement conservatoires (106). En s'obligeant de la sorte, les incapables engagent leurs biens qui peuvent être saisis. Ainsi, si le mineur émancipé ne peut pas vendre ses biens, il est, par contre, habile à passer des marchés de réparation (107) et il répond de cet engagement sur ces mêmes biens. L'aliénation sur saisie, en réquérant la capacité de l'obliger

---

(102) L'article 452 ne doit s'appliquer qu'aux meubles existant à l'ouverture de la tutelle (Beudant, III bis, par A. Breton, N° 1658). Pour les meubles auxquels on applique l'article 452, il semble que l'aliénation faite par le mineur, naturellement sans les formes prévues par ce texte, doive entraîner l'annulation pour vice de forme. Telle est, en tout cas, la règle si c'est le tuteur qui a aliéné sans formes (cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2298). De toute façon, le jeu de l'article 2279 enlève à la question beaucoup de son intérêt pratique.

(103) Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N° 79.

(104) *Op. cit.*, N° 83.

(104 bis) Ripert et Boulanger, I, N° 2368.

(105) Il est remarquable que si le délit a consisté dans des manœuvres dolosives de l'incapable pour faire croire à sa capacité, le meilleur moyen d'acquitter l'obligation de réparer le préjudice causé en contractant ainsi avec des tiers est de maintenir l'acte passé. Des aliénations peuvent être ainsi indirectement maintenues. Cf. Planiol et Ripert, I, par R. Savatier, N° 79.

(106) *Op. cit.*, N°s 279 et suivants.

(107) *Op. cit.*, N° 639.

et non celle d'aliéner (108), accuse le régime particulier de l'aliénation volontaire par rapport aux obligations et offre en même temps de plus nombreuses occasions de fluctuations matérielles.

Ces caractères, propres à l'aliénation, ressortent avec beaucoup plus d'évidence si on envisage non plus les actes accomplis par l'incapable lui-même, mais ceux accomplis par les représentants légaux. Mais ces actes soulèvent la question générale des pouvoirs de ces représentants, qui est distincte.

B. — Les pouvoirs sur le patrimoine d'autrui

121. — La gestion de la chose d'autrui impose toujours, plus ou moins, de procéder à des aliénations. La notion même d'administration exige parfois certaines aliénations (109). Sur un plan général et en l'absence de mandats précis, les nécessités pratiques ont commandé, toutes les fois qu'un patrimoine est géré par une personne qui n'en est pas l'unique propriétaire, de fixer les pouvoirs d'aliéner reconnus au gérant. Ces pouvoirs varient à l'extrême, selon les hypothèses particulières. Le fait que le gérant est ou non partiellement titulaire des droits qu'il gère n'influe pas nécessairement sur l'étendue de ses pouvoirs. On peut donner des exemples opposés dans chacune des deux hypothèses. Nous ne relèverons du reste ici que les plus typiques parmi ces exemples.

122. — 1°) Il serait superflu d'insister sur les pouvoirs des *représentants légaux des incapables*. Ils sont amplement réglementés par la loi et varient suivant la gravité des dangers que font courir au patrimoine de l'incapable les conséquences des aliénations. Nous ne pouvons nous référer à cette réglementation minutieuse. Signalons seulement qu'elle permet, dans des formes diverses, toutes les aliénations. Il convient d'y ajouter les emplois et remplois qui peuvent être imposés au tuteur par le conseil de famille (article 457 du Code civil, dernier alinéa (110) ; par un phénomène dont nous noterons l'originalité, l'aliénation est alors permise par la subrogation plus qu'elle ne permet cette dernière (111). La méconnaissance de ces règles constitue un vice de forme

(108) Cf. Planiol, II, N° 183, rapprocher *supra*, N° 109.

(109) Cf., par exemple, pour le mineur émancipé, *supra*, N° 120, pour les pouvoirs anciennement reconnus à la femme séparée de biens sur la base de l'art. 1449 du Code civ. ancien, Ripert et Boulanger, III, N° 1106 ; pour l'administration de la dot mobilière. *Op. cit.*, N°s 1224, 1225, 1336, 1337.

(110) Cf. Henry, thèse, p. 259.

(111) Cf. *infra*, N° 129.

d'une nature particulière (112) puisqu'il est sanctionné par la nullité relative, ce qui répond bien à l'idée de protection de l'incapable (113). Il faut aussi noter comme une originalité restreignant le domaine de la subrogation réelle, la tendance, du reste hésitante, de la jurisprudence à admettre la rescision pour lésion des actes passés régulièrement par le tuteur du mineur (114).

Sous cette réserve, les aliénations régulièrement conclues par les représentants légaux des incapables font bien naître des occasions de subrogation réelle.

123. — 2°) Comme le représentant légal d'un incapable, *l'envoyé en possession provisoire du patrimoine d'un absent* n'a aucun droit de propriété sur les biens qu'il gère à ce titre. La loi précise bien le caractère précaire de sa possession (article 125 du Code civil). L'envoyé a, certes, une vocation à devenir un jour propriétaire. Cette éventualité n'empêche pas que les biens lui sont confiés principalement dans l'intérêt de l'absent, envers qui il sera un jour comptable et responsable (article 125) (115).

La loi, qui a si abondamment réglementé le droit d'aliéner reconnu aux représentants légaux des incapables, est ici fort laconique. L'envoyé en possession provisoire administre le patrimoine de l'absent (article 125). Quant à ses pouvoirs d'aliénation, l'article 128 du Code civil les lui enlève formellement en matière immobilière. Partant de ce texte, on peut discerner les tempéraments de l'indisponibilité de principe posée par l'article 128.

D'une part, la loi, dont les lacunes sont certaines, ne parlant pas des meubles, on peut estimer ne pas devoir l'étendre au delà de ses termes (116) et admettre les aliénations mobilières dans la mesure en tout cas nécessitée par l'administration. Il appartient du reste au tribunal d'ordonner la vente des meubles s'il l'estime utile. Mais l'article 126 du Code civil impose alors l'emploi.

D'autre part, des aliénations immobilières peuvent aussi être parfois désirables, par exemple pour procéder à de grosses réparations. L'article 2126 du Code civil permet, dans de tels cas, la constitution d'hypothèque avec autorisation de justice. Par analogie avec ce texte, certains auteurs reconnaissent au tribunal la possibilité d'autoriser une vente (117).

---

(112) Cf. *supra*, N° 109 et note (46).
(113) Cf. Colin et Capitant, I, N° 558, 1°.
(114) *Op. cit.*, N° 558, 2°.
(115) Planiol, III, N° 2481.
(116) *Op. cit.*, N° 2483.
(117) *Ibid.*

Les pouvoirs de l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent sont donc exigus et en tout cas contestables. A ce double égard, ils contrastent avec ceux du tuteur qui peut, du moins, vendre les meubles du pupille sans autorisation (118), et dont les pouvoirs en matière immobilière sont nettement fixés par la loi (article 457 du Code civil). Un contraste encore plus saisissant oppose la compétence de certains gérants copropriétaires des biens gérés. Les exemples de la communauté conjugale et de l'indivision font ressortir cette opposition.

124. — 3°) *Les pouvoirs du mari sur la communauté conjugale* atteignent sans doute le maximum d'étendue dont puisse bénéficier un gérant, même copropriétaire, des biens qu'il gère. Ces pouvoirs, issus de la tradition selon laquelle le mari était « seigneur et maître de la communauté », sont absolus encore aujourd'hui (119). Le mari peut aliéner, à titre onéreux, tous les biens communs (article 1421). Sa liberté est entière ; elle dérive de sa qualité de chef du ménage et ne saurait, par suite, subir aucune atteinte dans le contrat de mariage (article 1388 du Code civil) (120), même par des clauses subordonnant simplement l'aliénation à un remploi. Ces pouvoirs ne sont toutefois pas illimités. Ils trouvent notamment une limite de droit dans ceux de la femme sur les biens réservés (article 224, alinéa 2, du Code civil), et une limite de fait importante en matière immobilière dans l'obligation de demander le concours de la femme et la renonciation ou la subrogation à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur qui veut éviter la purge des hypothèques légales (121). Il est notable, du reste, que cette dernière obligation qui vaut aussi pour l'aliénation des immeubles propres du mari, fournit un solide argument à l'opinion qui estime devoir refuser à la femme, même depuis la loi du 22 septembre 1942, le droit d'aliéner de son côté ses propres biens sans le consentement de son mari (122). On peut voir dans la nécessité du consentement marital, un aspect des pouvoirs d'administration que l'article 1428 confère, en général, au mari non plus sur la communauté, mais sur le patrimoine de la femme (123).

---

(118) Cf. art. 452 du Code civ. ; voir Beudant, III bis, par A. Breton, N° 1658 et *supra*, N° 120, note (102).

(119) Ripert et Boulanger, III, N°s 553 et 556.

(120) *Op. cit.*, N° 551.

(121) *Op. cit.*, N°s 559 et 579.

(122) *Op. cit.*, N°s 654 et 657.

(123) *Op. cit.*, N° 657. Il faut noter, au surplus, que le jeu des clauses de remploi insérées dans le contrat de mariage, lorsqu'elles subordonnent la validité des aliénations au remploi ultérieur, restreint les pouvoirs d'aliénation des époux sur les propres. Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 695 et 696 ; comp. *infra*, N° 138.

A la vérité, les restrictions à l'aliénation des propres intéressent pratiquement davantage la subrogation réelle que les larges pouvoirs de disposition reconnus en principe au mari sur les biens communs. La subrogation réelle, dans la mesure où elle est intégrée au régime de communauté, intervient pour déterminer la qualification des différents biens. Tel est son aspect le plus important. Mais ainsi entendue, elle n'a à jouer que dans les propres et non dans les biens communs (*infra,* N° 680). Les aliénations de biens communs ne créent donc d'occasions éventuelles de subrogation réelle que dans des droits qui peuvent être reconnus à des tiers *sur* les biens communs. Cette hypothèse est beaucoup plus vaste, mais aussi plus indéterminée que la précédente. C'est, en tout cas, à son égard qu'il faut relever les larges pouvoirs du mari sur la masse commune, non sans signaler que la femme en a de plus grands encore, sur la base de l'article 224, alinéa 2, du Code civil, à l'égard des biens communs qui proviennent de son travail et lui sont réservés, puisqu'elle n'est gênée par aucune hypothèque légale du mari ni aucune autre mesure assurant alors la protection de l'homme marié! (124).

125. — 4°) A l'opposé du précédent, le régime de l'*indivision,* particulièrement de l'indivision successorale, offre l'exemple, peut-être le plus typique, des restrictions apportées aux pouvoirs des gérants copropriétaires de la chose gérée. Il intéresse, au surplus, plus particulièrement la subrogation réelle appelée à fonctionner pour maintenir l'intégrité de la masse indivise (125).

Selon la conception du Code civil, l'indivision est un simple état de fait que le droit tolère dans la mesure où il est l'effet inéluctable des circonstances (126). L'idée de la continuation de la personne du défunt par l'héritier conduit logiquement à ignorer cet état de fait dans toute la mesure du possible. C'est pourquoi l'indivision ne comprend pas ce qui peut se diviser naturellement et automatiquement. Tel est le cas des créances (article 1220 du Code civil). Quand l'indivision existe malgré tout, elle n'en est pas moins essentiellement transitoire en principe (article 814 du Code civil) et niée rétroactivement dès que le partage la fait dis-

---

(124) Comp. Ripert et Boulanger, III, N° 613. Les biens réservés constituent, du reste, une catégorie à l'intérieur de laquelle la subrogation est admise. Cf. Capitant, *Rev. trimestr. dr. civ.,* 1919, pp. 385 et suivantes, et *infra,* N° 683.

(125) Et admise par la Cour de Cassation dans le célèbre arrêt Cholet-Dumoulin : Ch. Réunies, 4 décembre 1907, D. 1908. 1. 113, note Colin, S. 1908. 1. 5, note Lyon-Caen. Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2778, et *infra,* N°s 598 et suivants.

(126) Ripert et Boulanger, III, N° 2773.

paraître (article 883 du Code civil). C'est un tel état d'esprit qui inspire les principes légaux gouvernant la gestion des indivisions imposées, du reste fréquemment, par les événements (127), comme un démenti au législateur de 1804. Celui-ci, logique avec lui-même, les a laissées dans un état d'inorganisation extrême (128).

La règle fondamentale qui régit les actes de disposition, comme les actes d'administration, est celle de l'unanimité des consentements (129). Si, en fait, l'un des indivisaires assure la gestion de la masse indivise, il est paralysé par cette exigence. Il peut bien, comme les autres, aliéner sa propre part indivise (130), volontairement du moins, car la saisie de cette part est interdite par l'article 2205 du Code civil. Il ne peut rien sur les parts des autres indivisaires, c'est-à-dire sur l'ensemble de l'indivision. La règle est générale et le législateur récent a omis de l'écarter (131) lorsqu'il a eu recours à l'indivision comme moyen d'éviter une rapide et fâcheuse dispersion des familles après le décès de leur chef (132).

Il existe toutefois quelques tempéraments à cette règle. Ainsi, un indivisaire peut hypothéquer sa propre part tout comme il peut l'aliéner et, comme l'hypothèque est indivisible, elle frappe l'immeuble tout entier (133). Un tempérament plus important résulte d'une jurisprudence prétorienne qui permet aux créanciers successoraux de saisir les biens de la succession durant l'indivision (134). Cette jurisprudence est remarquable en ce qu'elle tend à organiser une liquidation collective de la succession et à rapprocher la masse indivise d'un patrimoine autonome fort éloigné des conceptions du Code civil. Tout naturellement, des fluctuations peuvent alors se produire au sein de la masse ainsi considérée. Mais ces fluctuations sont encore limitées, dans l'état actuel du droit, aux aliénations forcées et provoquées par les créanciers du défunt.

La règle de l'unanimité des consentements ne connaît pas d'autre tempérament concernant les aliénations. L'important mouvement jurisprudentiel qui est parvenu à faciliter

(127) *Op. cit.*, N° 2774.
(128) *Op. cit.*, N° 2773.
(129) *Op. cit.*, N°s 2784 et suivants.
(130) *Op. cit.*, I, N° 2748 ; et il faut encore réserver l'exercice possible du retrait successoral (art. 841 du Code civ.). Si le retrait est exercé par tous les cohéritiers, le bien retombe dans l'indivision, comme s'il n'en était jamais sorti. (Cf. Planiol, III, N° 2461).
(131) Ripert et Boulanger, III, N° 2813.
(132) Décret-loi du 17 juin 1938, modifié par les lois des 20 juillet, 9 novembre 1940 et 15 janvier 1943 sur l'article 815 du Code civ. ; loi du 13 février 1937 sur le bien de famille et les habitations à bon marché : v. Ripert et Boulanger, III, N° 2806.
(133) Ripert et Boulanger, I, N° 2751.
(134) Planiol, II, N° 197, 3° ; Ripert et Boulanger, III, 2499.

l'administration de la succession en favorisant les déclarations de vacance et la nomination d'un curateur (135), en recourant à la nomination d'un administrateur provisoire (136), ne permet pas l'aliénation du bien indivis sans l'accord des indivisaires. La simple autorisation de justice ne saurait offrir à l'indivisaire désirant aliéner, le même secours qu'en matière d'absence (*supra,* N° 123, texte et note 117). Car, ici, la présence des autres communistes refusant leur consentement ferait échec aux pouvoirs des tribunaux (137).

Les fluctuations de la masse indivise par aliénations sont donc possibles, mais restreintes. Elles ne se produisent que sur la saisie des créanciers héréditaires, ou de l'accord exprès ou tacite de tous les indivisaires. C'est dans ce cadre que les occasions de subrogation peuvent naître. L'indivisaire qui vendrait, seul, la totalité d'un bien indivis aliènerait la chose d'autrui (138). Et l'aliénation de la chose d'autrui sort du cadre des pouvoirs de gestion sur le patrimoine d'autrui. Elle appelle, du reste, pour la limitation du domaine de la subrogation réelle une remarque qu'il nous faut préciser.

125 bis. — *Remarque.* — Les limites aux pouvoirs d'aliéner reconnus aux gérants du patrimoine d'autrui, telles que nous venons de les esquisser (*supra,* N^{os} 121 à 124), ne valent naturellement que pour les aliénations effectuées par le gérant *au nom de la personne qu'il représente.* Si le gérant aliène *en son propre nom* un bien du représenté, il outrepasse, certes, ses pouvoirs ; mais la limite de ceux-ci, alors beaucoup plus générale, résulte de l'interdiction d'aliéner la chose d'autrui.

Or, il est notable que cette interdiction ne limite pas, du moins directement, le domaine de la subrogation réelle par la nullité qui en est la conséquence (article 1599 du Code civil). Cette nullité, telle que la jurisprudence l'a façonnée, n'est, en effet, qu'un exercice anticipé de la garantie d'éviction (139). Elle protège l'acheteur qui peut, seul, l'invoquer

---

(135) Planiol, III, N^{os} 2038 et 2042, 2°.

(136) Ripert et Boulanger, III, N° 2794. La jurisprudence a notamment eu recours aux règles du séquestre pour parvenir à ce résultat. Voir la critique de M. R. Savatier, note sous Req., 15 avril 1924, D. 1924. 1. 169.

(137) La possibilité pour un successible de se faire autoriser de justice pour vendre des meubles périssables ou dispendieux à conserver, sans qu'on puisse induire de cette vente l'acceptation de la succession (art. 726 du Code civ.) mérite d'être notée (cf. Planiol et Ripert, IV, par J. Maury et H. Vialleton, N° 289). Mais ce texte, principalement relatif à l'acceptation tacite, ne paraît pas permettre aux tribunaux d'autoriser une vente, même présentant ces caractères, malgré l'opposition des autres successibles.

(138) Cf. Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N° 51.

(139) Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N^{os} 45 et suivants.

contre le vendeur (140), et seulement s'il est menacé par un droit de suite pouvant être exercé contre lui par le véritable propriétaire (141). Ce qui fait obstacle à la fluctuation dans l'objet du droit de propriété ce n'est donc pas, au premier chef, la nullité de la vente ; c'est le droit de suite du propriétaire. Ce dernier n'a pas à invoquer la nullité (141 bis). C'est seulement dans la mesure où il perd son droit de suite que l'on peut parler de consolidation (142) ou de validation de l'aliénation (comme c'est le cas des aliénations consenties en leur propre nom par l'héritier apparent à des tiers de bonne foi ou par l'envoyé en possession des biens de l'absent, sur la base de l'article 132 du Code civil (*infra,* N^os^ 198 et 199). Mais cette validation n'est que la conséquence de la perte du droit de suite, tout comme la nullité n'est que la conséquence de ce droit. La question de l'existence ou de l'absence du droit de suite du véritable propriétaire se pose donc *d'abord,* et ce sur le plan réel. La validation ou l'annulation de l'aliénation n'interviennent qu'*ensuite,* et seulement dans les rapports entre acquéreur et vendeur. Peu importe, au reste, que dans ces rapports l'action en nullité soit éteinte (143). Ce fait est sans influence sur la fluctuation de l'objet du droit de propriété, qui ne se produit que dans la mesure où le propriétaire a perdu son droit de suite.

L'interdiction d'aliéner la chose d'autrui apporte donc une limite au domaine de la subrogation dans le droit de propriété non par la nullité de l'aliénation, mais par l'existence du droit de suite reconnu au propriétaire. C'est pourquoi nous l'étudierons au sujet de ce droit (*infra,* N^os^ 193 et suiv.).

II. — INDISPONIBILITES RESULTANT D'ACTES PRIVES

126. — Ces indisponibilités sont généralement créées par les particuliers pour assurer la destination des biens qui en sont l'objet à un but précis. Elles ne sont donc pas les simples conséquences de règles fort diverses, comme c'est souvent le cas pour les indisponibilités légales, mais des moyens délibérément choisis en vue de parvenir à certaines fins. Or, il se trouve que la subrogation réelle, du moins lorsqu'elle est appelée à fonctionner dans les droits, même frappés en prin-

(140) *Op. cit.,* N° 48.
(141) *Op. cit.,* N° 46, 3°.
(141 bis) Voir Planiol et Ripert, *op. cit.,* N° 51.
(142) *Op. cit.,* N° 50.
(143) Il s'agit d'une nullité relative, Planiol et Ripert, *op. cit.,* N° 48.

cipe d'indisponibilité (144), vise les mêmes buts. Cette concurrence en fonction des buts s'ajoutant à la concurrence technique générale que nous avons déjà relevée (145), n'est certes pas une conséquence spéciale et nécessaire des indisponibilités établies par les particuliers. Il faut seulement signaler qu'elle est, *en fait,* beaucoup plus fréquente pour ces indisponibilités, ce qui confère, à l'exclusion de la subrogation, une signification beaucoup plus expressive puisque subrogation et indisponibilité sont deux moyens complémentaires de parvenir aux mêmes fins. L'examen des principales indisponibilités créées par les particuliers suffit du reste à révéler la signification accrue de la concurrence qu'elles opposent à la subrogation réelle.

A. — Les substitutions fidéicommissaires permises

127. — Les substitutions fidéicommissaires résultent des dispositions contenues dans une libéralité, chargeant la personne gratifiée de conserver toute sa vie le bien donné et de le transmettre à sa mort à une seconde personne (146). Par suite, l'indisponibilité du bien grevé de substitution participe de la nature même de cette institution. Elle dérive, en effet, de la charge de conserver, imposée au grevé, dans laquelle il faut voir l'un des éléments constitutifs de la substitution (147). Cette indisponibilité est même l'une des causes qui ont fait maintenir la prohibition de principe des substitutions (148). Par là, la substitution se distingue du fidéicommis *de residuo,* qui n'oblige le grevé à restituer que ce qui restera à sa mort du bien à lui légué (149). Le fidéicommis *de residuo* ne comporte donc pas l'obligation de conserver qui, seule, emporte inaliénalibilité ; il échappe, pour cette raison, à la prohibition de l'article 896 du Code civil.

Si l'indisponibilité des biens grevés de substitution est ainsi essentielle, elle n'est que conditionnelle et subordonnée à l'ouverture de la substitution (150). Tant que la substitu-

---

(144) *Supra,* N° 117. La concurrence à l'égard de buts identiques n'existe, pour une même indisponibilité, que vis-à-vis de certaines subrogations possibles. C'est pourquoi nous n'avons pas pu opposer, sur un plan général, les indisponibilités ayant les mêmes buts que la subrogation et celles dont les buts sont différents. Voir exemple *supra,* N° 117.

(145) *Supra,* N° 117, cette concurrence nécessaire et générale vient de l'effet translatif de l'aliénation, interdit par l'indisponibilité et pourtant condition initiale de la subrogation : rapprocher *supra,* N^{os} 66 et 70.

(146) Planiol, III, N° 3265.

(147) *Op. cit.,* N° 3280.

(148) *Op. cit.,* N° 3276, Ripert et Boulanger, III, N° 3278.

(149) Planiol, III, N° 3293.

(150) *Op. cit.,* N^{os} 3317 et suivants.

tion n'est pas ouverte, le grevé, véritable propriétaire, peut aliéner les biens substitués par des actes inattaquables (151). De même, les créanciers du grevé peuvent saisir ces biens entre les mains de leur débiteur (152). Si le droit du grevé se consolide parce que les appelés font défaut, les aliénations ainsi acquises sont valables, comme des aliénations ordinaires. Ce n'est qu'au moment de l'ouverture de la substitution que l'action en nullité est accordée aux appelés contre les aliénations volontaires ou sur saisie intervenues du chef du grevé (153).

Selon l'opinion admise, la nullité de ces aliénations n'est pas l'effet d'une résolution rétroactive des droits du grevé, mais celui d'une indisponibilité réelle conditionnelle frappant l'appelé (154). Cette explication paraît commandée par la notion même de substitution, ainsi distinguée du double legs alternatif et conditionnel (155) dans lequel la pratique, aidée par la jurisprudence, a trouvé l'un des meilleurs moyens de tourner la prohibition, quelque peu dépassée aujourd'hui, écrite dans l'article 896 du Code civil (156). La nullité des aliénations frappe donc ces actes directement et non par l'intermédiaire de la résolution des droits du grevé aliénateur.

128. — Ainsi comprise, l'indisponibilité des biens substitués connaît du reste d'importantes exceptions. Le grevé peut faire plusieurs sortes d'aliénations qui seront opposables aux appelés au moment de l'ouverture de la substitution. Ces aliénations délimitent le champ de la subrogation réelle dans les biens substitués. Certaines d'entre elles sont obligatoires pour le grevé ; d'autres sont facultatives.

Les aliénations obligatoires se ramènent aux ventes de meubles corporels, que l'article 1062 du Code civil impose au grevé (157). Il faut toutefois soustraire à cette obligation les meubles que le disposant aurait prescrit de conserver en nature (article 1063 du Code civil) et ceux qui sont, en réalité, des immeubles par destination. La vente des meubles s'effectue par affiches et aux enchères (article 1062). Des ventes de meubles, il faut rapprocher une opération qui n'est pas une aliénation au sens habituel du mot, mais qui n'en réalise pas moins une fluctuation importante au regard de la subrogation réelle ; c'est l'emploi des fonds compris dans la subs-

(151) *Op. cit.*, N° 3317.
(152) *Op. cit.*, N° 3318.
(153) *Op. cit.*, N^{os} 3319, 3320 et 3318.
(154) Planiol, III, N^{os} 3319 et 3320 ; Planiol et Ripert, V, par A. Trasbot, N^{os} 794 et 810 ; Ripert et Boulanger, III, N° 3922.
(155) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 794, et Planiol, III, N° 3295.
(156) Planiol, *op. cit.*.
(157) Voir Planiol, *op. cit.*, N° 3310.

titution. Le grevé est tenu d'y procéder dans les délais et les conditions déterminés par les articles 1065 et 1067 du Code civil (158).

Le grevé peut, en outre, conclure des aliénations facultatives qui n'en seront pas moins opposables aux appelés (158 bis). Telles sont d'abord toutes les aliénations que les appelés, s'ils sont vivants et capables, ratifieraient (159). La jurisprudence admet ensuite que le grevé pourrait se faire autoriser par le tribunal à consentir des aliénations en cas de nécessité et d'avantage évident pour les appelés. La vente a alors lieu dans les formes de ventes de biens des mineurs et en présence du tuteur à la substitution (160). Enfin, le disposant a pu autoriser le grevé à aliéner, sous condition de remploi. Ces clauses possibles de remploi méritent l'attention, car elles offrent un exemple remarquable où l'aliénation est permise par la subrogation au lieu de la permettre purement et simplement, comme à l'ordinaire. Naturellement, la subrogation ne peut permettre ainsi l'aliénation que si elle est prévue dans l'acte créant la substitution. A cette condition, le remploi devient un facteur d'assouplissement de l'indisponibilité, dans lequel la subrogation arrive à se fixer ses propres limites. Ce phénomène connaît un essor beaucoup plus important lorsqu'il sert à assouplir une autre indisponibilité plus fréquente en pratique que celle engendrée par les substitutions : l'indisponibilité dotale.

B. — Les biens dotaux

129. — L'indisponibilité de la dot est le trait caractéristique du régime dotal (161). Elle exprime avec force l'affectation familiale des biens dotaux (162). Mais elle expose aussi les tiers à des dangers qui ont inspiré la méfiance à l'égard du régime (163) et suscité des règles fondamentales, telles celle qui interdit d'augmenter la dot pendant le mariage (article 1543 du Code civil), ou celle qui impose le contrat de mariage comme source unique de la dotalité (164). Telle qu'elle résultait du Code civil, l'indisponibilité dotale ne

---

(158) *Op. cit.*, N° 3312.

(158 bis) Il convient, du reste, de remarquer que les biens grevés de substitution sont susceptibles d'être usucapés, cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 691.

(159) Planiol, III, N° 3321.

(160) *Ibid.*

(161) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1265 ; ce régime est toujours conventionnel (*op. cit.*, N° 1138). En ce sens, l'indisponibilité de la dot, bien que réglementée par la loi, résulte d'un acte privé : le contrat de mariage.

(162) Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1050.

(163) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, N° 1143.

(164) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1060.

laissait à la subrogation réelle, comme champ d'application, que ses exceptions limitées et peu nombreuses. Ce domaine ne devait se trouver élargi que par les efforts tentés pour adoucir les rigueurs de l'indisponibilité. Les tiers, en effet, n'étaient pas les seuls intéressés. Les époux, de leur côté, pâtissaient d'une protection dirigée contre eux-mêmes (165). Aussi la pratique, depuis le Code civil, s'est-elle ingéniée à l'assouplir. La loi en fournissait la possibilité aux époux, le contrat de mariage leur offrant à cet égard une extrême liberté (166). Or, il se trouve que parmi les procédés d'assouplissement utilisés, la subrogation réelle est justement celui qui a connu la plus grande faveur : la pratique des clauses autorisant les aliénations de la dot sous condition de remploi n'a cessé de croître, au point de défigurer le régime dotal (167). Le succès du mouvement, jamais démenti, a fini par séduire le législateur lui-même qui en est récemment arrivé à permettre des aliénations de la dot en les subordonnant à un remploi judiciaire non prévu au contrat de mariage (article 1556, al. 2, loi du 22 septembre 1942) (167 bis).

De sorte que, dans le régime dotal moderne, la subrogation réelle voit son domaine délimité par deux catégories distinctes de fléchissements imposés à l'indisponibilité de la dot. La première, rationnelle, résulte d'aliénations exceptionnelles, autorisées à des fins diverses et dont la simple conséquence est de permettre la subrogation réelle. La seconde, fort originale, comprend des aliénations de plus en plus nombreuses dont la validité même est précisément subordonnée à une subrogation ultérieure ; la subrogation réelle, procédé ultime de conservation de la dot en valeur, à défaut d'une astreignante conservation en nature, conditionne alors sa propre occasion technique et se fixe ainsi ses propres limites ! C'est pourquoi il convient, si l'on veut dégager les caractères les plus expressifs de son domaine sous le régime dotal, de distinguer, parmi les aliénations de la dot, celles qui permettent la subrogation et celles qui sont permises par elle.

1°. — Aliénations permettant la subrogation réelle.

130. — Ces aliénations résultent des fléchissements traditionnels de l'indisponibilité dotale. Ils varient, selon que l'aliénation se produit volontairement ou sur saisie. L'insaisissabilité de la dot, en effet, n'est pas un simple accessoire

(165) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1051. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, N° 1140.

(166) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1052.

(167) Ripert et Boulanger, *op. cit.*, N° 1135.

(167 bis) Sur l'état actuel du régime dotal, cf. Kayser. « *Le régime dotal dans la pratique notariale* », Sirey, 1949.

de l'inaliénabilité, dont elle se distingue par son origine et par ses sources formelles (168). Les biens dotaux sont, certes, inaliénables et insaisissables pour la même raison, qui est leur affectation ménagère. Mais ce n'est pas parce qu'ils sont inaliénables qu'ils sont insaisissables (169). Aussi, l'insaisissabilité et l'inaliénabilité se comportent-elles différemment. Par contre, l'imprescriptibilité n'est, elle, qu'une garantie annexe de l'inaliénabilité (170) et l'article 1561, al. 1, du Code civil marque la liaison entre ces deux protections dotales en n'interdisant l'usucapion, à condition du reste qu'elle n'ait pas commencé avant le mariage, qu'à l'égard des biens déclarés inaliénables (171). C'est donc seulement entre les fléchissements de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité qu'une distinction de principe s'impose. Parmi ces fléchissements qui ouvrent son domaine à la subrogation réelle, certains ont, du reste, une source commune aux deux variétés d'indisponibilité ; d'autres sont nettement autonomes et doivent être examinés séparément.

131. — a) *La source de fléchissement commune à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité* est le contrat de mariage. L'inaliénabilité et l'insaisissabilité sont toutes deux commandées par l'affectation ménagère de la dot. Or, cette affectation dépend des époux, qui sont maîtres d'en fixer la force dans leur contrat (172). Aussi, le Code civil leur a-t-il permis (article 1556, al. 1) d'écarter l'inaliénabilité, s'ils le désirent. Ces élisions pures et simples de l'inaliénabilité, du reste assez rares (173), sont d'interprétation restrictive (174). Notamment, elle ne suppriment pas, à elles seules, l'insaisissabilité.

Si les époux désirent écarter celle-ci dans leur contrat de mariage, ils le peuvent, mais ils doivent alors le stipuler par une disposition spéciale clairement exprimée (175). On voit apparaître par là, même dans leur source formelle commune, l'autonomie des deux variétés d'indisponibilité,

---

(168) *Op. cit.*, N° 1376. L'insaisissabilité de la dot, non prévue par le Code civil, est reconnue par une doctrine et une jurisprudence constantes (*ibid*).

(169) *Op. cit.*, N° 1375.

(170) *Op. cit.*, N° 1281.

(171) Pour la justification de la liaison des deux garanties, voir *op. cit.*, N° 1283.

(172) *Op. cit.*, N° 1265.

(173) *Op. cit.*, N°s 1275 et 1279. Généralement l'aliénation est permise sous condition de remploi (*infra*, N°s 138 et 139) ou dans des conditions particulières comme celles qui résultent de la clause de reconnaissance du prix sur les biens du mari, souvent employée dans le Midi (v. Ripert et Boulanger, III, N° 1362).

(174) *Op. cit.*, N°s 1276 et suivants, Colin et Capitant, III, N° 436. Cassat. Ch. Réunies, 29 mai 1839, D. 1839. 1. 219.

(175) Ripert et Boulanger, III, N° 1382.

autonomie qui se marque bien davantage encore dans les fléchissements qui leur sont propres et qu'il nous faut esquisser successivement.

132. — b) *Les fléchissements de l'inaliénabilité volontaire* diffèrent suivant que les biens dotaux sont des meubles ou des immeubles.

En matière mobilière, l'inaliénabilité dotale est fort restreinte tant que la dot est administrée par le mari. Une jurisprudence fort ancienne (176) avait déduit, des pouvoirs d'administration du mari, la possibilité pour ce dernier d'aliéner la dot. Les limites imparties à ce pouvoir, quelquefois hésitantes (177), étaient généralement larges (178). La loi du 22 septembre 1942, en consacrant cette jurisprudence, risque d'en avoir restreint la portée. Elle a, en effet, subordonné les pouvoirs d'aliénation du mari aux nécessités imposées par la « bonne administration » de la dot. Si certains auteurs (179) n'attachent pas à cette formule un sens susceptible de modifier la jurisprudence antérieure, d'autres (180), en revanche, y discernent une restriction des pouvoirs du mari et la source de difficultés analogues à celles qu'avait fait naître l'application de l'article 1449 ancien du Code civil relatif aux pouvoirs de la femme séparée de biens (181). Il est en tout cas certain que le mari, administrateur de la dot, peut aliéner les meubles dotaux dans la mesure nécessitée par cette administration et ouvrir ainsi un champ déjà fort vaste à la subrogation réelle.

C'est à l'égard de la femme que l'inaliénabilité de la dot mobilière prend tout son poids (182). De la part de la femme, les aliénations sont évidemment exceptionnelles tant que l'administration de sa dot reste au mari. On admet généralement que la femme peut aliéner ses meubles dotaux dans la mesure même où l'article 1555 du Code civil lui permettrait d'aliéner l'immeuble dotal, c'est-à-dire pour assurer l'établissement des enfants (183). Mais c'est lorsque la femme reçoit l'administration de la dot que l'inaliénabilité de la dot mobilière devient astreignante. Si l'administration est conférée à la femme, avant la séparation de biens, par le

---

(176) *Op. cit.*, N° 1224.
(177) Cf. Paris, 25 février 1903, D. 1903. 2. 96, S. 1904. 2. 17.
(178) *Op. cit.*, N° 1225.
(179) Julliot de la Morandière, *Semaine Juridique*, 1943, art. 304, N° 60.
(180) P. Esmein, *Gaz. Pal.*, 12-13 décembre 1942, Ripert et Boulanger, III, N° 1225.
(181) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1337, rapprocher Planiol, III, N°s 1451 à 1454.
(182) Ripert et Boulanger, III, N°s 1331 à 1336.
(183) *Op. cit.*, N°s 1335 et 1308.

contrat de mariage, on peut bien admettre qu'elle a alors les mêmes pouvoirs qu'aurait eus normalement le mari de disposer des meubles dotaux dans la mesure nécessitée par leur administration (184). Mais si la femme reprend l'administration de sa dot après la séparation de biens, aucun doute n'est possible en doctrine et en jurisprudence : la femme dotale, séparée de biens, est paralysée par l'inaliénabilité (185). Il est devenu classique de souligner cette aggravation de la dotalité par la séparation de biens et de la justifier par le plus grand danger auquel les aliénations mobilières exposeraient la dot, la femme étant alors privée du recours qu'elle avait contre son mari lorsque c'était celui-ci qui aliénait (186).

En toute hypothèse, du reste, la nullité des aliénations de meubles corporels doit être tempérée en ses conséquences par le jeu de l'article 2279 du Code civil au profit des acquéreurs de bonne foi, du mari ou de la femme (187). Si on ajoute cette remarque aux larges pouvoirs d'aliénation du mari, il est aisé de discerner la multiplicité des fluctuations possibles de la dot mobilière.

133. — La dot immobilière se révèle beaucoup plus stable. C'est à elle que le Code civil de 1804 a songé lorsqu'il a posé le principe de l'inaliénabilité (article 1554). Aussi, les fléchissements qu'il a tolérés sont-ils étroitement réglementés et peuvent se ranger en deux catégories, selon qu'ils concernent les périodes antérieure ou postérieure à la séparation de biens.

Avant la séparation de biens, les exceptions à l'inaliénabilité des immeubles dotaux, motivées par l'intérêt de la famille (188), résultent des articles 1555 du Code civil, s'il s'agit d'établir les enfants soit communs, soit de la femme, et 1558 du Code civil, s'il s'agit d'autres besoins familiaux énumérés par ce texte. Ces hypothèses sont classiques (189), et la loi de 1942 en a assoupli le régime sans le modifier

---

(184) En ce sens, Ripert et Boulanger, III, N° 1234. L'objection, tirée du fait que la femme aurait alors plus de droit sur sa dot que sur ses paraphernaux, a disparu depuis la loi du 22 septembre 1942. Rapprocher les articles 1576 et 1552, al. 2 nouveaux.

(185) Ripert et Boulanger, III, N° 1432.

(186) *Ibid.*

(187) *Op. cit.*, N°s 1225, 1334, 1338, 1432. L'article 2279, en interdisant le droit de suite, concerne les conditions auxquelles les aliénations, valables ou nulles, engendrent les fluctuations. Cf. *infra*, N° 207.

(188) *Op. cit.*, N° 1301.

(189) V. *op. cit.*, N°s 1300 à 1315. L'établissement des enfants autorise l'aliénation onéreuse aussi bien que la donation. Req., 26 novembre 1900, S. 1901. 1. 65, note Lyon-Caen.

profondément (190). Elle a notamment maintenu, dans l'article 1558, l'obligation de remployer l'excédent du prix de vente demeuré disponible, après emploi pour les besoins ayant permis l'aliénation. Cette subrogation réelle est certainement obligatoire (191); mais elle ne constitue pas pour autant une condition de la vente dont le but est autre. Aussi, l'absence ou l'irrégularité du remploi n'entraîneraient-ils pas la nullité de la vente (192).

Après la séparation de biens, l'inaliénabilité ne fléchit pas en elle-même (193), mais dans sa garantie accessoire que représente l'imprescriptibilité de l'immeuble dotal (194). La prescription acquisitive, qui ne peut courir durant le mariage dans la mesure même où l'immeuble dotal est inaliénable (article 1561, al. 1), devient possible à compter de la séparation de biens (1561, al. 2) (195). Peu importe la justification, du reste difficile à trouver (196), de cette règle. Il nous suffit ici de remarquer que la séparation de biens, qui aggrave l'inaliénabilité de la dot mobilière (*supra,* N° 132), adoucit celle de la dot immobilière. Des occasions supplémentaires de subrogation réelle peuvent en résulter.

La sanction de l'inaliénabilité est la nullité relative de l'aliénation (197). Il faut naturellement, pour qu'il en soit ainsi, que l'aliénation ait été conclue par la femme avec le consentement de son mari (198). L'action en nullité appartient alors à la femme, au nom de qui le mari l'exerce avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens (199). La femme a, du reste, une option ; elle peut, si elle le préfère, se contenter d'un recours dotal contre son mari, qui a touché le prix (200).

---

(190) Pour l'autorisation judiciaire, voir notamment Ripert et Boulanger, III, N^{os} 1305, 1317 et 1318. Pour les remaniements de l'article 1558, *op. cit.,* N^{os} 1310 et suivants ; un seul est substantiel et du reste limité : la permission d'aliéner pour « libérer » l'un des époux et non seulement pour le « retirer de prison ». V. *op. cit.,* N° 1311.

(191) *Op. cit.,* N° 1321.

(192) *Ibid.*

(193) *Op. cit.,* N° 1429.

(194) *Op. cit.,* N^{os} 1443 et suivants.

(195) Pour l'application de l'article 1561 à l'usucapion, v. *op. cit.,* N^{os} 1439 et suivants.

(196) *Op. cit.,* N° 1445.

(197) Ripert et Boulanger, III, N° 1286.

(198) *Op. cit.,* N° 1287. Si le mari a vendu seul en son propre nom, il a vendu la chose d'autrui (cf. *supra,* N° 125) ; s'il a vendu seul au nom de la femme, c'est un représentant qui a outrepassé ses pouvoirs.

(199) *Op. cit.,* N° 1289.

(200) *Op. cit.,* N° 1288.

134. — c) *Les fléchissements de l'insaisissabilité.* — Ces fléchissements soulignent l'autonomie de l'insaisissabilité, par rapport à l'aliénabilité. La séparation de biens et même la dissolution du mariage sont, ici, sans influence. L'insaisissabilité protège la femme indéfiniment, alors même que les biens seraient exceptionnellement aliénables en vertu de la loi (*supra,* N^os^ 132 et 133) ou du contrat de mariage (*supra,* N° 131), alors même qu'ils ne sont plus dotaux (201). L'insaisissabilité protège ainsi la femme des conséquences indéfinies des actes qu'elle a pu passer durant le mariage (202). Cette justification indique la portée de l'insaisissabilité ; elle explique, en effet, que l'existence même de l'insaisissabilité dépend de la date de la créance qui entraîne la saisie.

C'est pourquoi les créanciers de la femme, antérieurs au mariage, peuvent librement saisir la dot (203). L'affectation familiale de la dot ne porte pas préjudice à ces créanciers. Il en est ainsi, même si la constitution de dot est faite à titre particulier (204), même si le droit du créancier est né entre le contrat de mariage et le mariage (205), même, enfin, semble-t-il, si la dot provient de la libéralité faite à ce titre au contrat de mariage par un tiers (206). Toutes ces précisions paraissent normales, car si la dotalité a bien pour source le contrat de mariage, ses effets ne datent que du mariage (207). La jurisprudence tend à admettre, dans le même esprit, que les créanciers antérieurs au mariage peuvent saisir la pleine propriété de la dot (208). La fluctuation, du fait de la saisie, est donc ici pleine et entière.

A l'égard des créanciers postérieurs au mariage, l'insaisissabilité de la dot prend, au contraire, sa pleine efficacité. Les fluctuations de la dot, du fait de saisies, sont alors rares. Elles demeurent possibles, néanmoins, dans tous les cas où on admet des exceptions à l'insaisissabilité. Il en est ainsi pour les saisies exercées par des créanciers postérieurs au mariage, mais qui ont sur les biens dotaux un droit antérieur ou concomitant à l'affectation dotale, tels les créanciers nantis d'un privilège légal sur le bien au moment même où celui-ci devient dotal (209), ou les créanciers héréditaires d'une succession advenant à la femme, qui s'est constitué

(201) Ripert et Boulanger, III, N^os^ 1383 et 1434, 1435.
(202) *Op. cit.,* N° 1383.
(203) *Op. cit.,* N^os^ 1390 et suivants.
(204) *Op. cit.,* N° 1391.
(205) *Op. cit.,* N° 1393 : solution jurisprudentielle.
(206) *Op. cit.,* N° 1401 ; en ce sens, Bordeaux, 29 août 1855, D. 1857. 2. 52, S. 1856. 2. 679.
(207) *Op. cit.,* N° 1393.
(208) *Op. cit.,* N° 1394.
(209) *Op. cit.,* N^os^ 1395 et suivants. Par exemple, le bien acheté par la femme et partiellement payé avec des deniers dotaux, sujets

en dot ses biens à venir (210). Il en est encore ainsi des créanciers auxquels la femme a consenti, avec l'autorisation du juge, une hypothèque sur l'immeuble dotal dans l'un des cas prévus à l'article 1558 et suiv. ou, encore, des créanciers envers qui la femme s'est engagée par ses délits et ses quasi-délits (211). L'insaisissabilité n'oppose donc pas aux fluctuations de la dot un obstacle sans faille. Il convient, toutefois, de corriger la portée de ces exceptions par les règles propres au droit des saisies : la dot ne peut être saisie que par les créanciers de la femme, lesquels n'ont aucun droit sur les fruits et revenus de la dot puisque ceux-ci appartiennent au mari (212). La saisie de la nue propriété de la dot suffit, du reste, à engendrer des fluctuations d'où peuvent naître des occasions de subrogation réelle.

135. — Le domaine ainsi imparti à la subrogation réelle par une disponibilité exceptionnelle qu'inspirent des considérations familiales ou de bonne administration de la dot (*supra*, N^os^ 130, 132, et 133) est donc moins exigu qu'une conception trop absolue de l'indisponibilité dotale ne le ferait supposer. Il demeure, malgré tout, marginal. Encore convient-il de remarquer que la subrogation ne peut pas toujours en atteindre les limites. Elle doit puiser dans la loi ou le contrat de mariage un titre garantissant les tiers (*infra*, N° 682). Aussi, à l'intérieur du domaine circonscrit par l'aliénabilité en nature traditionnelle y a-t-il place pour un autre procédé assurant la conservation des valeurs dotales : la théorie jurisprudentielle de la dotalité incluse dans les paraphernaux.

Mais, à côté de ce domaine, défini par l'aliénabilité traditionnelle, la subrogation réelle en a acquis un second beaucoup plus vaste en cessant d'être la conséquence quelquefois obligatoire, mais toujours accessoire des aliénations, pour devenir précisément l'excuse et même la justification de ces aliénations. En se fixant ainsi ses propres limites, la subrogation réelle ne pouvait manquer de prendre un essor qu'il nous faut retracer.

2°. — Aliénations permises par la subrogation réelle.

136. — Ces aliénations sont celles dont la validité dépend de la subrogation réelle ultérieure. L'intention subrogatoire qui les imprègne, les soustrait aux interdictions résultant normalement de l'indisponibilité.

à emploi, devient dotal sous réserve du privilège du vendeur qui peut saisir, pour se faire payer, la partie du prix encore dûe.

(210) *Op. cit.*, N° 1399.

(211) *Op. cit.*, N^os^ 1406 et suivants.

(212) *Op. cit.*, N° 1387.

La raison de cet affranchissement réside évidemment dans le fait que la subrogation est, comme l'indisponibilité, un procédé de conservation de la dot ; elle réalise une variété de l'indisponibilité en valeur (213). C'est, dans la mesure où cette indisponibilité subsidiaire est jugée suffisante, que la subrogation crée l'aliénabilité, c'est-à-dire sa propre condition initiale. Une telle vertu n'est pas encore, dans l'état actuel du régime dotal, entièrement libérée de toute entrave. C'est seulement enfermée dans certaines limites que la subrogation permet l'aliénation. Il faut seulement remarquer que ces limites sont allées en s'élargissant.

137. — a) Le germe du mouvement se trouve dans l'article 1559 du Code civil, rédigé dès 1804 à propos de l'*échange*. A la différence des aliénations immobilières exceptionnelles autorisées par les articles 1555 et 1558 dans un intérêt familial précis (*supra,* N° 133), ou des aliénations mobilières nécessitées par la bonne administration de la dot (article 1556, al. 2) (*supra,* N° 132), l'échange n'a pas à être justifié par une fin déterminée. Son effet, exprimé par l'article 1559, al. 2, suffit à sa justification : le bien qu'il fait acquérir est dotal, de sorte que la dot n'est pas diminuée et qu'elle ne court aucun danger (214). C'est parce que la loi en fait découler la subrogation réelle qu'elle permet l'échange. Et, dans la logique de ses préoccupations conservatoires minutieuses (215), elle exige que l'immeuble acquis ait la même valeur que l'ancien, pour les quatre cinquièmes au moins (216), et elle impose l'autorisation judiciaire, l'estimation par experts (article 1559, al. 1), ainsi que le remploi de la soulte d'échange éventuelle (article 1559, al. 2).

La subrogation réelle est donc bien la seule raison qui a incité le législateur de 1804, fort soucieux de la conservation de la dot, à tolérer l'échange de l'immeuble dotal. L'échange fut ainsi la première des aliénations qui, sous l'empire du Code civil, échappèrent à l'indisponibilité *grâce* à la subrogation. Certes, la validité de l'opération ne dépend pas de la subrogation. Mais on n'imagine pas que celle-ci puisse ne pas se produire ; elle est, en effet, non seulement obligatoire (article 1559, al. 2), mais encore inévitable d'après la nature même de l'échange, qui s'accomplit en un trait de temps. Il en va différemment en cas de remploi, dont

(213) *Infra,* N° 682 ; cette variété est, du reste, moins affinée que la dotalité incluse (cf. *infra,* N°s 168, 395, 483 et suivants).

(214) Ripert et Boulanger, III, N° 1315. L'application de l'article 1559 aux meubles est admise. Cf. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1077, comp. *infra,* N° 682.

(215) Comparer avec l'article 1407 du Code civ. relatif à l'échange de l'immeuble propre sous le régime de la communauté.

(216) Cf. *infra,* N°s 287 et suivants.

l'autorisation marque le progrès le plus important dans la voie de l'aliénabilité de la dot.

138. — b) Ce progrès fut l'œuvre des *clauses d'emploi et de remploi* insérées dans les contrats de mariage (217).

Ces clauses prescrivent l'acquisition d'un bien qui sera dotal toutes les fois que le mari, administrateur et usufruitier de la dot, a en mains des deniers dotaux. On parle alors d'emploi ou de remploi obligatoire (218). C'est l'acquisition qui est obligatoire et non l'aliénation préalable. Le plus souvent, celle-ci demeure facultative. Et il est aisé de mesurer la liberté qui résulte de cette faculté dans toute la mesure où, sans elle, la dot aurait été inaliénable. La dot immobilière (*supra*, N° 133), la dot mobilière entre les mains de la femme (*supra*, N° 138) sont ainsi soumises à une aliénabilité conditionnelle bien plus souple que l'inaliénabilité pure et simple qui représente leur régime normal. A l'inverse, l'obligation de remploi devient une cause de restriction de l'aliénabilité de la dot mobilière entre les mains du mari, puisque celui-ci jouit normalement, en ce cas, de pouvoirs de disposition à peu près libres (*supra*, N° 133). L'effet restrictif des clauses de remploi est alors analogue à celui qu'elles produisent sur l'aliénation des propres de communauté (219).

Les clauses de remploi unifient ainsi le régime d'aliénabilité de la dot (220), et c'est toute l'économie du régime dotal classique qui se trouve profondément modifiée (221). Avec de telles clauses, au principe d'inaliénabilité stricte, tempéré par une aliénabilité exceptionnelle, se substitue un régime général uniforme d'aliénabilité conditionnelle. La subrogation réelle devient, en effet, alors la condition de validité de l'aliénation. Si celle-ci n'est pas suivie d'un remploi régulier, elle est nulle (222). Point n'est besoin, pour qu'il en soit ainsi sous le régime dotal, d'une stipulation expresse déclarant les tiers acquéreurs responsables du remploi (223), comme cela est exigé sous le régime de la communauté (224). La vente d'un bien dotal, soumise à une condi-

---

(217) Cf. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N°s 1203 et suivants ; Ripert et Boulanger, III, N°s 1351 et suivants. L'emploi, n'étant pas précédé d'une aliénation, ne nous intéresse pas directement ici ; mais, correspondant au second stade de l'opération de remploi, il répond aux mêmes buts et suit les mêmes règles. Aussi n'est-il guère séparable du remploi.

(218) Ripert et Boulanger, III, N° 1350 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1204.

(219) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 695 et 697, cf. *supra*, N° 124, texte et note (123).

(220) *Op. cit.*, N° 1348 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1203.

(221) Ripert et Boulanger, III, N° 1347.

(222) *Op. cit.*, N°s 1363 et suivants.

(223) *Op. cit.*, N° 1363.

(224) *Op. cit.*, N° 695.

tion de remploi non satisfaite, n'échappe à la nullité que si une clause supplémentaire du contrat de mariage supprime ou restreint la responsabilité des acquéreurs (225). Cette règle se comprend, car le principe auquel la clause de remploi déroge en l'adoucissant demeure l'indisponibilité dotale, alors que celui qui gouverne les propres de communauté est, au contraire, la disponibilité à laquelle l'obligation de remploi apporte une restriction.

C'est donc bien un moyen de se soustraire aux rigueurs de l'indisponibilité que l'on voit surtout dans les clauses de remploi sous le régime dotal. Telle est la véritable signification et la raison de leur succès croissant dans la pratique séculaire du régime dotal. Grâce à elles, il n'y a presque plus aujourd'hui de biens dotaux inaliénables. L'aliénabilité, sous condition de subrogation réelle, est devenue l'usage courant, car « la plupart des contrats de mariage, pour ne pas dire tous, contiennent une clause de remploi » (226). L'insertion nécessaire, au contrat de mariage, de cette décision spéciale anticipée de subrogation (227), demeurait, jusqu'à la dernière époque, la limite irréductible de l'aliénation dotale, sous condition de remploi. Mais la pratique du remploi est devenue tellement usuelle que le législateur récent a cru pouvoir dépasser cette limite.

139. — c) La loi du 22 septembre 1942 a créé le *remploi judiciaire* (art. 1556, al. 2, nouveau du Code civil). La femme peut, désormais, aliéner l'immeuble dotal (227) sous condition de remploi, même si le contrat de mariage ne lui confère pas ce pouvoir. Il suffit qu'elle s'y fasse autoriser par le juge. Le consentement du mari est, évidemment, requis avant la séparation de biens. Mais il faut réserver le jeu de l'article 217 nouveau du Code civil, qui rend l'autorisation judiciaire suffisante si le mari est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille (228). Il appartient au juge de fixer les conditions du remploi ; il ne pourrait en dispenser la femme. Là encore, le défaut de remploi entraînerait la nullité de l'aliénation, même judiciairement autorisée (229).

La portée de l'innovation mérite l'attention. On ne doit, certes, pas en conclure que le contrat de mariage cesse d'être la source unique de la dotalité. Une telle conclusion serait

---

(225) *Op. cit.*, N° 1373.

(226) *Op. cit.*, N°s 1347 et 1351.

(227) Sur les meubles, le mari a un large pouvoir de disposition, si le contrat de mariage ne lui impose pas le remploi (cf. *supra*, N° 132).

(228) L'article 217 a une portée générale et doit s'appliquer ici. Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1355.

(229) *Op. cit.*, N° 1363, sol. impl.

contraire à l'analyse de la subrogation réelle, qui transporte sur les biens nouveaux la dotalité ancienne dont la source originaire demeure le contrat de mariage (230). C'est pour cette raison qu'on a fort justement soutenu que la subrogation réelle légale n'empêche pas le bien nouveau d'être dotal en vertu du contrat de mariage, source originaire unique de la dotalité (231). Le même raisonnement vaut pour la subrogation judiciaire récente. Cette remarque laisse à l'innovation de la loi du 22 septembre 1942 une notable importance ; alors que jusqu'ici la subrogation elle-même ne pouvait, comme l'aliénation, résulter que de la loi ou du contrat de mariage (232), elle est aujourd'hui sortie, et avec elle l'aliénation qui lui est subordonnée, de ces limites traditionnelles pour pénétrer sur le domaine judiciaire. Il suffit que la décision spéciale de subrogation intervienne au moment de l'aliénation pour que cette dernière soit valable et la subrogation admise. La seule limite qui subsiste, et dont l'importance pratique n'est pas négligeable, réside dans la nécessaire intervention judiciaire. La loi, le contrat de mariage et, aujourd'hui, la décision du juge, telles sont les seules sources d'aliénabilité dotale, même subordonnée à la subrogation. Ce n'est que dans ce cadre que la subrogation réelle, sous le régime dotal, conditionne l'aliénabilité. L'évolution vers l'affranchissement est néanmoins évidente.

140. — Il est d'autant plus opportun de la souligner, que cette réaction de la subrogation réelle sur l'aliénabilité révèle le rôle souple et salutaire que peut jouer la subrogation. Ce procédé, qui assure l'indisponibilité en valeur à défaut de l'indisponibilité en nature, rend l'aliénabilité tolérable en ménageant à la fois les aspirations à la libre circulation des biens et le souci, cher au législateur, de conserver la dot sans sacrifier l'intérêt des tiers. Le succès, qui a couronné la pratique du remploi dotal, atteste la fécondité des services que peut rendre une utilisation judicieuse de la subrogation. Les époux, aidés par la pratique notariale ou judiciaire, y trouvent le viatique qui leur permet de franchir les limites, jugées aujourd'hui trop étroites, de l'indisponibilité en nature, sans pour autant renoncer à un régime matrimonial que les mœurs n'ont pas encore totalement délaissé (233).

La transformation imprimée au régime dotal par la subrogation réelle a pu paraître suffisamment heureuse pour que la dotalité, ainsi remaniée, pénètre de plus en plus dans

(230) Cf. *infra*, N° 516, texte et note 95.
(231) Planiol et Ripert ; *op. cit.*, N° 1060, texte et note 2.
(232) Cf. *infra*, N° 682.
(233) Voir Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1053.

la pratique du régime de communauté lui-même. Ce n'est sans doute pas sans raison qu'on a reconnu l'influence de la dotalité dans le recours fréquent aux clauses d'emploi et de remploi par les contrats de mariage adoptant la communauté (234). En alliant la souplesse à la protection, la subrogation réelle a ainsi rapproché deux régimes qui, dans leur pureté, se cristallisent trop autour de l'un ou l'autre de ces pôles. Le fait était assez important pour justifier qu'on s'y arrête.

C. — Le bien de famille

141. — Le bien de famille, dont la constitution est autorisée, et le régime organisé par la loi du 12 juillet 1909 (modifiée par celles du 13 février 1937 et du 7 juillet 1948), fournit un autre exemple d'affectation familiale. Il s'agit, ici, de biens immobiliers d'une valeur totale ne dépassant pas un million de francs (235) et dont l'exploitation, le plus souvent accompagnée d'habitation, sert à faire vivre une famille (article 2, loi 1909). Pour garantir la fixation et la subsistance de celle-ci (236), la loi a permis de constituer ces biens en « bien de famille », dans des conditions fixées par les articles 3 à 9, ce qui a pour effet de les préserver de fluctuations dont les conséquences auraient compromis le but social visé par la loi. Les fluctuations qu'on a surtout redoutées sont celles que les créanciers de la famille auraient pu provoquer selon le droit commun. La famille est, ici, protégée davantage contre ses créanciers que contre ses propres initiatives. Aussi la loi a-t-elle interdit la saisie du bien de famille ; mais elle s'est contentée d'en réglementer l'aliénabilité.

142. — Le principe de l'insaisissabilité est posé par l'article 10. Il est très énergique et se prolonge après la dissolution du mariage du constituant soit au profit de l'époux survivant, s'il est propriétaire du bien et s'il n'y a pas d'enfants (article 17), soit par le maintien de l'indivision, prononcé à la demande du conjoint survivant ou, à son défaut, de l'un de ses ascendants, dans les conditions de l'article 18. Le propriétaire ne peut renoncer à l'insaisissabilité (art. 10).

Celle-ci s'oppose, naturellement, aux créanciers postérieurs à la constitution du bien de famille. La loi a seulement sauvegardé les droits des créanciers antérieurs, informés par les formes et publicités résultant des articles 6 à 9. Mais

---

(234) *Ibid.*

(235) Y compris celle des cheptels et immeubles par destination.

(236) Cf. Planiol, II, N° 219 ; cette idée de protection du foyer domestique est empruntée au *homestead* américain.

cette sauvegarde n'autorise guère de fluctuations du bien de famille une fois celui-ci constitué. Les créanciers chirographaires ont le droit de faire opposition à la constitution durant les deux mois que dure l'affichage de l'acte constitutif, à la mairie et à la justice de paix du lieu des biens (articles 6 et 7). Ils peuvent ainsi se faire payer le prix de la mainlevée de l'opposition (237). Les créanciers hypothécaires et privilégiés, dont le droit est antérieur à la constitution peuvent, dans le même délai de deux mois, inscrire leur hypothèque ou privilège (article 7). Ces créanciers sont alors assimilés à ceux qui ont publié leur sûreté avant la constitution : ils rendent la constitution du bien de famille impossible (article 5). De sorte que la sauvegarde de leur droit n'entraîne pas la saisie possible du bien de famille, puisque celui-ci n'existe pas. La saisie du bien de famille considéré comme tel, ne peut se produire que du chef d'une hypothèque légale née avant la constitution. Une telle hypothèque, même si elle est inscrite avant l'expiration des deux mois que dure l'affichage (article 6), ne fait pas obstacle à la constitution et conserve son effet normal (article 5, al. 2). Là est, semble-t-il, le seul cas de saisie d'un bien de famille. Les hypothèques légales peuvent bien prendre naissance *après* la constitution et être valablement inscrites, mais alors le droit de poursuite qu'elles confèrent est suspendu jusqu'à la désaffectation du bien (article 5, al. 3).

Quant aux hypothèques conventionnelles, elles ne peuvent plus naître après la transcription de la constitution (article 10, al. 2). L'insaisissabilité entraîne normalement l'interdiction d'hypothéquer. La constitution d'hypothèque est soumise, ici, à un régime plus strict que celui de l'aliénation.

143. — L'aliénation du bien de famille, en effet, n'est pas prohibée. Elles est seulement réglementée par l'article 11 de la loi du 12 juillet 1909. Ce texte pose le principe de la liberté, pour le propriétaire, d'aliéner tout ou partie du bien de famille ou de renoncer à sa constitution. Les limites, pratiquement fréquentes, viennent de l'existence du conjoint ou d'enfants mineurs. Si le propriétaire est marié, l'aliénation ou la renonciation est subordonnée au consentement du conjoint, donné devant le juge de paix. Si le propriétaire a des enfants mineurs, l'autorisation du conseil de famille est requise.

La question peut se poser de savoir si la femme ou le conseil de famille peuvent n'autoriser l'aliénation que sous condition de remploi. M. Henry l'affirme (238) en se fondant

(237) Cf. Henry, thèse, p. 264, note 1.
(238) *Op. cit.*, p. 265.

sur les travaux préparatoires de la loi (239) et sur le fait que la femme et le conseil de famille, ayant le droit d'autoriser ou d'interdire le conseil de famille, doivent avoir aussi celui de la subordonner à un remploi. La question n'a d'intérêt, au regard de la subrogation réelle, que si le bien nouveau peut devenir insaisissable sans faire l'objet d'une nouvelle constitution distincte, c'est-à-dire si la simple preuve de la provenance suffit à le rendre lui aussi insaisissable. Cette question concerne le fonctionnement de la subrogation et ne doit pas être étudiée à cette place (240), consacrée au seul domaine de la subrogation. Notons donc seulement ici que ce domaine, fort étroit du fait des saisies (*supra*, N° 142), s'élargit du fait des aliénations volontaires (auxquelles il faut, naturellement, ajouter les destructions matérielle et juridique à propos desquelles les articles 12, 14 et 15 prévoient, du reste, dans certains cas, la subrogation).

D. — Les clauses d'indisponibilité

144. — A l'inverse de la constitution du bien de famille, les clauses d'indisponibilité concernent surtout l'aliénabilité. L'insaisissabilité leur est, certes, normalement attachée (241) ; elles peuvent même la créer seule (242). Mais leur objet principal est, le plus souvent, d'interdire les aliénations volontaires.

Le principe de la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans des actes privés d'aliénation (contrats onéreux et plus souvent donations et testaments) est admis par la Cour de Cassation depuis 1858 (243), et ne se discute plus aujourd'hui (244). Il est, toutefois, limité aux inaliénabilités temporaires (245). Les juges se réservent le pouvoir d'apprécier le caractère temporaire ou perpétuel de l'inaliénabilité stipulée. Aussi, les solutions varient-elles beaucoup sur ce point (246). La Cour de Cassation a seulement posé comme règle que l'inaliénabilité, devant durer toute la vie du propriétaire, doit être considérée comme perpétuelle (247).

Il faut, de plus, que l'intérêt qui légitime la clause d'inaliénabilité temporaire soit sérieux (248). Cet intérêt est fort

(239) V. Jour. Off. des 12 et 15 décembre 1908, pp. 12 et suivantes, du 19 octobre 1909, p. 1254 ; D. 1910. 4. 1 et suivants.
(240) Cf. *infra*, N° 700.
(241) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 250.
(242) *Ibid.*
(243) Civ., 20 avril 1858, D. 58. 1. 154, S. 58. 1. 589.
(244) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 223.
(245) *Op. cit.*, N° 225.
(246) *Op. cit.*, N° 226.
(247) Req., 19 mars 1877, D. 79. 1. 455, S. 77. 1. 203 ; Civ., 24 janvier 1899, D. 1900. 1. 533, S. 1900. 1. 432.
(248) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 225.

variable. Le plus souvent, la clause est insérée dans une donation ou un legs. Elle est alors fréquemment inspirée par l'intérêt du donataire ou du légataire, que le disposant entend protéger contre lui-même durant un certain temps (249). Quelquefois, l'inaliénabilité est stipulée, dans l'intérêt du bénéficiaire d'une charge garantie par l'inaliénabilité en nature, mieux et plus sûrement que ne pourrait le faire une subrogation réelle, du reste discutée (250). L'intérêt du disposant, enfin, constitue le troisième motif des clauses. Le disposant, qui se réserve l'usufruit du bien aliéné, ou qui compte sur une résolution à son profit des droits de l'acquéreur, juge souvent opportun de garantir ainsi son droit ou son attente par l'inaliénabilité (251).

Naturellement, il appartient au disposant de permettre les aliénations en les subordonnant à un remploi. Là encore, la subrogation réelle, par sa réaction sur l'aliénabilité, représente un moyen fort souple de concilier les désirs du disposant et les aspiration au libre commerce juridique (252). Dans ce domaine, les clauses de remploi ne sont, du reste, pas très fréquentes. Elles concernent, le plus souvent, les valeurs nominatives (253).

145. — Ainsi admises, les clauses d'inaliénabilité emportent normalement l'insaisissabilité (254). Celle-ci n'est qu'une garantie, sans laquelle l'inaliénabilité serait illusoire, puisque l'acquéreur pourrait faire indirectement ce que le disposant lui a interdit de faire directement (255). Cette insaisissabilité accessoire est perpétuelle à l'égard des créanciers qui ont traité avec le propriétaire pendant la durée de l'inaliénabilité (256). La règle est logique puisque l'insaisissabilité a pour mission d'empêcher le propriétaire de se défaire du bien par l'effet de ses initiatives intervenues pendant l'inaliénabilité. C'est la date de cette initiative, c'est-à-dire de la créance et non celle de la saisie qui importe donc (257).

L'insaisissabilité n'est, du reste, pas nécessairement accessoire à l'inaliénabilité. Elle peut être stipulée seule et à

(249) *Ibid.*
(250) Cf. *infra*, N°s 610 et suivants.
(251) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 225.
(252) Comparer *supra*, N° 140.
(253) Cf. Req., 30 octobre 1911, D. 1916. 1. 5, note Sarrut, S. 1912. 1. 385, note Wahl.
(254) *Op. cit.*, N° 230.
(255) *Ibid ;* comparer avec l'insaisissabilité dotale qui, visant le même but que l'inaliénabilité, n'en est pas, pourtant, une simple garantie accessoire, cf. *supra*, N°s 130 et 134.
(256) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 230.
(257) Pour la même raison, l'insaisissabilité de la dot protège la femme dotale des conséquences indéfinies des actes passés par elle durant le mariage ; cf. *supra*, N° 134.

titre principal. Mais son effet est alors moins énergique, car elle ne s'oppose qu'aux créanciers antérieurs à l'acquisition du bien par le propriétaire (258). C'est contre ceux-là que le disposant a entendu prendre des précautions. S'il avait redouté les actes ultérieurs du propriétaire, il aurait stipulé l'inaliénabilité.

146. — L'inaliénabilité peut être sanctionnée de deux façons.

La première est la nullité frappant directement l'aliénation irrégulière. Le fondement de cette nullité a soulevé des controverses (259) qui ne doivent pas mettre en doute l'existence même de la règle. Une jurisprudence ferme admet la nullité (260). Celle-ci est relative et l'action n'est accordée qu'à la personne dans l'intérêt de laquelle la clause a été stipulée (261). Cette nullité constitue une cause extrinsèque, mais directe de dissolution de l'aliénation. Celle-ci est seule atteinte.

Une seconde sanction de l'inaliénabilité réside dans la possibilité pour le disposant de résoudre et de révoquer l'acte par lequel il a transmis ses droits au propriétaire (262). Alors l'aliénation irrégulièrement consentie par ce dernier tombe, mais par voie de conséquence de la résolution du droit de l'aliénateur. Cette sanction, plus complète, représente donc, à la différence de la nullité, l'une des causes *indirectes* de dissolution de l'aliénation. Par ce caractère, de telles causes méritent, dans leur ensemble, une attention particulière.

Article 2. — LES CAUSES INDIRECTES DE DISSOLUTION

147. — Ce sont celles qui atteignent une aliénation déterminée par répercussion de la dissolution d'un autre acte juridique, dans lequel l'aliénateur lui-même trouvait son propre titre. Ces causes s'opposent donc aux précédentes en ce qu'elles n'anéantissent pas seulement, comme elles, le titre de *l'acquéreur*, mais aussi celui de *l'aliénateur* principalement atteint. De telles hypothèses sont fort nombreuses. Elles se réalisent chaque fois que l'aliénateur voit le droit qu'il a transmis par l'aliénation, rétroactivement dissous.

(258) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 230.
(259) *Op. cit.*, N° 228.
(260) Voir *op. cit.*, N° 227, note 1.
(261) *Op. cit.*, N° 229, et *supra*, N° 144.
(262) *Op. cit.*, N° 226.

Etant considéré comme n'ayant jamais joui de ce droit, il n'a pu le transférer à autrui.

Lorsque l'aliénateur tient lui-même son titre d'une aliénation onéreuse, il peut en être privé par toutes les causes de dissolution que nous avons précédemment étudiées (263), directement appliquées cette fois à ce titre et non à celui de l'acquéreur. Que le titre de l'aliénateur soit résolu rétroactivement pour une cause légale ou conventionnelle, ou annulé, ou rescindé, le résultat est le même : la disparition rétroactive du droit de l'aliénateur (264).

A cette première série d'hypothèses, il faut ajouter celles où l'aliénateur tient son droit d'un acte à titre gratuit. En effet, si le titre de l'acquéreur doit résulter nécessairement d'un acte onéreux, car seules les aliénations onéreuses réalisent des fluctuations intéressant le rapport accessoire de la subrogation réelle, il n'en va pas de même du titre de l'aliénateur (*supra*, N° 101). Lorsque celui-ci est un donataire ou un légataire, son droit peut se trouver atteint par toutes les causes de révocation ou de résolution propres aux dons et aux legs. Telles sont les révocations pour inexécution des conditions (articles 954 et 1046 du Code civil), pour ingratitude du gratifié (articles 955 et 1046), pour survenance d'enfants au donateur (article 960), la réduction des dons et des legs pour atteinte à la réserve (articles 920 et suiv.), le rapport à succession des libéralités, lorsqu'il se fait en nature, par un gratifié lui-même héritier (articles 843 et s.). Outre ces causes légales de dissolution, il en est d'autres insérées par le gratifiant. Il appartient à celui-ci de soumettre la libéralité qu'il fait à une condition résolutoire, qui opère alors normalement comme sur les actes onéreux (*supra*, N° 111). Certaines de ces conditions résolutoires sont particulières aux libéralités. Telle est, pour les donations, la clause de retour conventionnel qui résout la donation au profit du donateur en cas de prédécès du donataire ou de ses descendants (articles 951 et 952 du Code civil) et dont nous verrons l'intérêt par rapport au retour légal prévu par l'article 747 du Code civil. Telle est encore, pour les legs, la double condition alternative que nous avons rencontrée dans certains legs visant à tourner la prohibition des substitutions fidéicommissaires (*supra*, N° 127).

Il est, enfin, possible que l'aliénateur ne tienne pas son titre d'une aliénation. Il en est ainsi du cohéritier qui, au partage, n'a pas reçu dans son lot le bien par lui aliéné. Le droit qu'il avait sur ce bien disparaît rétroactivement par l'effet déclaratif du partage (article 883 du Code civil).

(263) *Supra*, article 1er, N°s 123 et suivants.
(264) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 231.

Les causes indirectes de dissolution des aliénations sont donc plus nombreuses encore que les causes directes, et ce n'est pas en vain qu'on en a souligné la fréquence (265). C'est la réaction de cet anéantissement du droit de l'aliénateur sur les aliénations par lui consenties qu'il nous faut examiner.

I — PRINCIPE

148. — Le principe qui commande cette réaction découle logiquement du mécanisme de la résolution. A la résolution proprement dite, il faut, du reste, assimiler les actions en nullité ou en rescision. Elles jouent comme des conditions résolutoires, à un double point de vue : d'abord tant qu'elles ne sont pas exercées, on ignore si elles le seront ou si elles réussiront ; ensuite, si elles réussissent, elles anéantissent l'acte annulé ou rescindé rétroactivement, comme le ferait une condition résolutoire réalisée (266). A ces deux faits se ramène le fonctionnement du mécanisme.

Le premier de ces faits mérite d'être souligné seulement pour préciser que la menace de résolution du titre de l'aliénateur n'emporte pas interdiction spéciale et *directe* d'aliéner. Tant que la cause de résolution ne s'est pas produite, l'aliénateur est titulaire de son droit et peut, au moins provisoirement, l'aliéner valablement (267). Une telle aliénation ne porte pas sur la chose d'autrui (268) ; mais elle est soumise à la même condition résolutoire que le droit de l'aliénateur.

149. — En cette dernière règle réside l'effet *indirect* de la résolution sur l'aliénation. L'aliénateur, voyant son droit rétroactivement anéanti, n'a pu le transmettre à autrui. La résolution, qui joue contre l'aliénateur, réagit donc logiquement contre les tiers ayant acquis de lui ou de son chef le droit résolu ; ces tiers acquéreurs perdent, eux aussi, leur droit rétroactivement. Autrement dit, l'aliénation, qui constitue leur titre, tombe, dans la mesure où l'aliénateur doit être considéré comme n'ayant jamais été titulaire du droit aliéné. C'est ce qu'exprime l'adage « *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* » (269). Son résultat est donc voisin d'une aliénabilité, c'est une aliénabilité à effet retardé.

Puisque cet effet indirect de la résolution sur l'aliénation repose sur la disparition rétroactive du droit de l'alié-

(265) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 231.
(266) *Op. cit.*, N° 231.
(267) *Op. cit.*, N° 232.
(268) *Op. cit.*, X, par J. Hamel, N° 46, 1°.
(269) *Op. cit.*, III, par M. Picard, N° 233.

nateur, on conçoit son extension à la nullité ou à la rescision puisque, elles aussi, suppriment rétroactivement le titre de l'aliénateur. Il faut seulement noter, en cas d'exercice d'une action en justice, la nécessité, imposée par l'autorité relative de la chose jugée, de mettre en cause le tiers acquéreur pour que le jugement obtenu lui soit opposable (270).

La maxime « *Resoluto jure dantis...* » a une portée générale et elle est couramment affirmée, non seulement dans son principe (271) mais encore dans les multiples hypothèses où elle a l'occasion de s'appliquer (272).

150. — Il est intéressant d'en souligner le jeu dans le cas de stipulation dans une donation d'un droit de retour conventionnel au profit du donateur. Le retour conventionnel est une condition résolutoire qui se réalise par le prédécès soit du donataire, soit du donataire et de ses descendants (article 951 du Code civil) (273). L'arrivée de cette condition entraîne normalement l'application de la maxime « *Resoluto jure dantis...* » ; l'article 952 du Code civil est net à cet égard: l'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens donnés et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques (274).

Par là apparaît l'intérêt du retour conventionnel sur le retour légal prévu par l'article 747 du Code civil. Le retour légal n'emporte pas résolution des aliénations consenties par le donataire. Et c'est précisément pour cette raison que l'article 747, al. 2, a établi, dans des termes du reste assez restrictifs, une subrogation réelle dont nous aurons à préciser la portée et sans laquelle le retour ne peut s'exercer que sur les biens non aliénés par le donataire. Le retour conventionnel emportant dissolution des aliénations du bien donné rend la subrogation superflue, car il peut toujours s'exercer en nature à l'encontre des tiers acquéreurs. L'avantage, pour le donateur, est le même que celui procuré par une inalié-

---

(270) *Op. cit.*, N° 234.

(271) *Op. cit.*, N°s 234.

(272) Cf. pour les conditions résolutoires en général, Planiol et Ripert, VII, par P. Esmein, N° 1040, 5° ; pour la résolution des contrats synallagmatiques sur la base de l'article 1184 du Code civ., Planiol, II, N° 1320 ; pour la vente à reméré, art. 1673, al. 2, du Code civ., et Planiol, II, N° 1582 ; pour le retrait successoral, Planiol, III, N° 2461 ; pour la révocation des libéralités en cas d'inexécution des conditions ou de survenance d'enfants au donateur, art. 954 et 963 du Code civ., et Planiol, III, N°s 2635 et 2673 ; pour les rapports en nature à succession, art. 865 du Code civ., et Planiol, III, N° 2277 ; pour l'effet déclaratif du partage, Planiol, III, N° 2404.

(273) Planiol, III, N° 2615.

(274) L'article 952 fait une réserve, sans intérêt pour nous, pour l'hypothèque légale de la femme du donataire qu'il maintient sous certaines conditions. Cf. Planiol, III, N° 2623.

nabilité frappant le donataire. Les deux choses sont même tellement liées qu'une clause d'inaliénabilité directe est souvent interprétée, en fait, comme valant stipulation de retour conventionnel (275).

La concurrence entre la dissolution des aliénations et la subrogation réelle apparaît ainsi, nettement, à la comparaison des deux droits de retour. C'est parce que le retour conventionnel résout les aliénations consenties par le donataire, que la question de la subrogation réelle ne s'y pose pas.

Il appartiendrait naturellement au donateur de tempérer l'inaliénabilité résultant de la stipulation d'un retour conventionnel, par des clauses d'emploi et de remploi. L'inaliénabilité ne serait plus alors qu'en valeur. De telles clauses ouvriraient un champ d'application à la subrogation réelle dans l'exercice du retour conventionnel. Mais cet effet ne pourrait se transporter, en s'inversant, dans l'exercice du retour légal. Là, le domaine de la subrogation est fort vaste puisque l'article 747 du Code civil ne fait pas tomber les aliénations consenties par le donataire. Le donateur aura, certes, pu supprimer à l'avance toute question de subrogation en insérant une clause d'inaliénabilité en nature dans la donation (*supra*, N^os^ 144 et suiv.). La nullité qui en résulterait faciliterait l'exercice du retour légal en nature (article 747, al 1^er^) au détriment de la subrogation réelle. En revanche, il ne semble pas qu'une restriction puisse résulter d'une clause de remploi. Une telle clause, en effet, ne concerne pas seulement le domaine de la subrogation réelle. Elle en prescrit aussi le fonctionnement, la subrogation se fixant alors ses propres limites (276). Or, si le donateur peut, sans soulever d'objection, imposer la subrogation dans le retour conventionnel, le même pouvoir lui est certainement interdit à l'égard du retour légal. Celui-ci est, en effet, un droit de succession (277); et, à ce titre, il ne peut être réglementé que par la loi. Nous aurons à examiner dans quelle mesure celle-ci, dans l'article 747 du Code civil, admet la subrogation réelle (278). Ce qui est sûr, c'est que le législateur est seul compétent pour déterminer les biens faisant l'objet de la succession anomale. La loi est donc le seul titre possible de la subrogation dans le droit de retour légal. Il s'ensuit que les clauses conventionnelles d'emploi et de remploi, parfaitement efficaces à l'égard d'un retour conventionnel, n'ont pas, selon nous, et bien qu'on ait soutenu le contraire (279),

(275) Voir Req., 2 mars 1887, 1. 90. 1. 506.
(276) Cf. *supra*, N^os^ 129, 136 et suivants.
(277) Cf. *infra*, N° 596.
(278) Cf. *infra, ibid.*
(279) Cf. Henry, thèse, pp. 365 à 367.

à intervenir dans l'exercice du retour légal, où la subrogation ne peut être que légale. Il ressort de là une seconde différence entre les deux droits de retour, soulignant davantage encore l'intérêt que présentent les stipulations de retour conventionnel.

II. — EXCEPTIONS

151. — Pour avoir une portée très générale, la maxime « *Resoluto jure dantis...* » n'en connaît pas moins quelques exceptions qui permettent autant d'occasions de subrogation réelle.

Une première exception résultait, avant le décret-loi du 17 juin 1938, des articles 859 et 860 du Code civil relatifs au *rapport en nature à succession des immeubles*. Le principe de l'effet résolutoire du rapport en nature que l'article 865 applique aux constitutions d'hypothèques et autres charges réelles nées du chef de l'héritier donataire, se trouvait écarté à l'égard des aliénations consenties par le même héritier. La règle des articles 859 et 860 s'expliquait, du reste, plus par la tradition que par la logique (280). Son intérêt a disparu depuis que le décret-loi du 17 juin 1938 n'admet le rapport en nature des immeubles que si le donateur l'a expressément stipulé dans la donation (article 859 nouveau). Si une telle stipulation peut s'interpréter comme une clause d'inaliénabilité, les aliénations faites par le donataire sont annulables par l'effet de cette clause. Si, au contraire, cette interprétation n'est pas possible, les aliénations doivent être validées, mais encore par interprétation de la volonté du donateur, évidemment libre de n'exiger le rapport en nature que si le bien est demeuré dans les mains du donataire. La règle légale des anciens articles 859 et 860 a donc perdu son intérêt et c'est sans doute pourquoi le décret-loi du 17 juin 1938 ne l'a pas reproduite.

152. — Une seconde exception découle de l'article 858 du Code civil en matière de *révocation des donations pour cause d'ingratitude*. Cette révocation est bien rétroactive dans les rapports entre donateur et donataire (281). Mais, il en va différemment à l'égard des tiers acquéreurs, ayants cause du donataire. La révocation est, en effet, une peine, dirigée contre le donataire, et qui ne doit pas réagir contre les tiers. Aussi, la loi les a-t-elle protégés en validant toutes les aliénations faites par le donataire avant la demande en révocation et, en matière immobilière, avant l'inscription de la demande en marge de la transcription de la donation

(280) Planiol, III, N^{os} 2290 et suivants.
(281) *Op. cit.*, N° 3115.

(article 958, al. 2). A partir de cette publicité, les tiers sont, en effet, avertis et n'ont plus à être protégés.

Il suit, de la règle posée par l'article 958, que les occasions de subrogation sont normalement plus nombreuses, à propos de la révocation pour ingratitude qu'à propos des autres révocations, pour inexécution des conditions ou pour survenance d'enfants où les articles 954 et 963 du Code civil maintiennent fermement la réaction de la résolution du droit du donataire sur les aliénations par lui consenties. Ces aliénations étant, en principe, résolues avec le droit même du donataire, par application normale de la maxime « *Resoluto jure dantis...* », le donateur révoquant bénéficie d'un véritable droit de suite contre le tiers acquéreur du donataire. Et la fluctuation, occasion de la subrogation réelle dans l'exercice de la révocation, ne peut apparaître que par l'extinction de ce droit de suite (281 bis) due soit à une renonciation du donateur acceptant de reprendre aux lieu et place du bien qu'il avait donné un autre bien acquis par le donataire (281 ter), soit, sur un plan strictement réel, au jeu de l'art. 2279, al. 1[er], du Code civil ou de l'usucapion au profit de l'acquéreur (281 quater). Le domaine de la subrogation réelle se trouve ainsi plus étroitement circonscrit dans la révocation des libéralités (la règle de l'article 954 du Code civil s'applique aux legs : article 1046 du Code civil) pour inexécution des charges que dans la révocation pour cause d'ingratitude. Ce fait est d'autant plus notable que la subrogation a été, en pratique, appelée à fonctionner davantage dans la première que dans la seconde (281 quinquies).

153. — Le domaine de la subrogation côtoie encore, de façon significative, la résolution des aliénations dans l'exercice de l'action *en réduction des libéralités pour atteinte à la réserve*. Cette réduction équivaut, en principe, à une résolution du droit de propriété du donataire (282). Une telle résolution oblige normalement le donataire à rapporter, en nature, l'excédent réduit ; et, sur la base de l'article 929 du

---

(281 bis) Cf. *infra*, N[os] 192, 204 et suivants.

(281 ter) Cette renonciation au droit de suite peut, à elle seule, expliquer la nécessité d'une décision spéciale de subrogation à laquelle le donateur ou ses héritiers sont parties. La jurisprudence exige une telle décision, sans toutefois préciser qu'elle équivaut à une renonciation au droit de suite dans des espèces où il n'est pas indiqué si ce droit de suite était ou non éteint sur le plan réel. Cf. Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185, Civ., 29 avril 1901, D. 1902. 1. 34, S. 1903. 1. 321, et *infra*, N[os] 632 et suivants, 660.

(281 quater) Cf. *infra*, N[os] 206 et suivants.

(281 quinquies) Cf. *infra*, N[os] 660 et suivants.

(282) *Op. cit.*, N° 3112.

Code civil, on exige que cet excédent, lorsqu'il est immobilier, soit libre de tout droit réel particulier constitué par le donataire (283). La maxime « *Resoluto jure dantis...* » garantit ainsi le principe de la transmission en nature de la réserve aux héritiers réservataires. Mais, avant même que le législateur apportât, en 1938, de sérieuses exceptions à ce principe (284), le Code civil l'avait sagement tempéré en cas d'aliénations faites par le donataire. En ce cas, l'article 930 du Code civil n'ouvre, en principe, l'action en réduction que contre le donataire (285) et ne laisse produire à la résolution ses effets sur les aliénations que si celles-ci ont porté sur un immeuble et seulement si le donataire est insolvable. La loi impose alors au réservataire demandeur de discuter d'abord les biens du donataire. Ce n'est que si ces biens sont insuffisants pour satisfaire le réservataire par un équivalent en valeur que la loi, préférant la protection de la réserve à celle des tiers, permet à la réduction de résoudre l'aliénation. Dans le cas contraire, tout comme si l'aliénation n'avait porté que sur un meuble (286), le réservataire doit se contenter d'une restitution en valeur qui portera, le plus souvent, sur le prix de vente.

Dans la mesure où l'action en réduction en nature est elle-même personnelle (287), on peut voir, dans la reprise du prix par une action personnelle, une subrogation réelle (288). Bornons-nous ici à relever, qu'en tout cas, l'occasion de la subrogation apparaît dès que la maxime « *Resoluto jure dantis...* » lui cède du terrain. Le mécanisme résultant de l'article 930 du Code civil met cette concurrence en lumière d'une façon particulièrement nette.

La discussion nécessaire des biens du donataire, condition d'ouverture de l'action en réduction, souligne, au surplus, les obstacles d'ordre procédural que l'action en justice peut, par elle-même, opposer au domaine de la subrogation. Ces obstacles concernent, du reste, l'influence exercée en général par la mise en œuvre de la dissolution des aliénations sur le domaine de la subrogation. Il nous faut accorder à cette influence une attention particulière.

---

(283) *Op. cit.*, N° 3115.

(284) Cf. Loi du 7 février 1938 modifiant l'article 1079 du Code civ. relatif aux partages d'ascendants ; décret-loi du 17 juin 1938 sur l'article 886 du Code civ. permettant la réduction en valeur des libéralités faites sans obligation de rapport en nature.

(285) Planiol, III, N° 3116.

(286) *Ibid.*

(287) *Op. cit.*, N°s 3111 et 3116. De toute façon, l'action personnelle en résolution donne ouverture à l'action réelle en restitution, qu'elle continue à doubler.

(288) Comp. *infra*, N°s 496 et suivants.

§ 2. — La mise en œuvre de la dissolution des aliénations

154. — Il ne suffit pas qu'une aliénation soit entachée d'une cause de dissolution pour que la subrogation réelle soit exclue. Il faut que la dissolution soit effective. C'est le résultat pratique qui compte ici. Les plus ou moins grandes facilités accordées pour l'obtenir réagissent donc, logiquement, sur le domaine de la subrogation réelle.

Or, à cet égard, les différentes causes de dissolution ne se présentent pas toutes sous le même aspect, car les conditions de leur mise en œuvre varient. Nous ne saurions, ici, examiner ces conditions en détail. Il importe du moins d'en dégager les caractères principaux pour lesquels les différentes causes de dissolution s'opposent ou, au contraire, se confondent. Dans cet esprit, nous envisagerons leur mise en œuvre à un triple point de vue : le rôle de l'intervention judiciaire, les personnes pouvant agir, les causes d'extinction de l'action.

I — ROLE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE

A. — Les deux conceptions possibles

155. — Il existe deux conceptions possibles du rôle de l'intervention judiciaire.

Il faut d'abord constater que, quelle que soit la cause de dissolution d'un acte juridique, il est toujours nécessaire de recourir au juge pour le faire mettre à exécution, dès lors que l'une des parties prétend l'ignorer. Le recours au juge est alors le fruit d'une contestation entre les parties. Il résulte d'un double principe procédural et de bon sens : nul ne peut se faire justice soi-même, et provision est due au titre qui produit provisoirement son effet tant que celui auquel on l'oppose n'en a pas démontré l'invalidité (289). Ainsi comprise, l'intervention judiciaire a, évidemment, une portée générale et s'applique à toutes les causes de dissolution, sans qu'il soit possible de créer entre elles des distinctions. Par sa généralité, la constatation est sans intérêt.

Mais on peut avoir du rôle du juge une conception plus étroite et plus précise. Il est possible que, dans certains cas, la sentence judiciaire encore que contentieuse, soit requise comme *condition d'application propre et indépendante*. Alors, la partie se prévalant de la dissolution doit aller quérir du juge un véritable titre, sans lequel la dissolution ne

(289) Cf. Colin et Capitant, I, N° 66.

pourrait s'opérer. Le juge *prononce* la dissolution, qu'il peut du reste lui appartenir de différer éventuellement et qui, de toute façon, n'est définitive que quand la décision judiciaire l'est elle-même. De tels cas s'opposent alors à ceux où la dissolution joue *de plein droit* et où le juge ne doit intervenir, en cas de procès, que pour la *constater*, et en vertu seulement des principes généraux dégagés dans la première conception. C'est en ce sens que l'on peut dire, par exemple, avec la doctrine courante, que la révocation d'une donation pour survenance d'enfants au donateur, sur la base de l'article 960 du Code civil, opère de plein droit (290), alors que la résolution des contrats synallagmatiques, en vertu de l'article 1184 du Code civil, doit être prononcée par le juge (291). Ainsi entendues, les causes de dissolution de plein droit s'accomplissant plus facilement que les autres, opposent à la subrogation réelle un obstacle plus efficace, car plus automatique.

Cette incidence sur le domaine de la subrogation réelle apparaît plus nettement en recherchant les applications de la distinction établie par cette seconde conception.

B. — Applications

156. — Il convient d'abord de remarquer que la distinction des causes de dissolution judiciaire et de plein droit, telle que nous venons de la préciser, ne permet pas d'opposer les nullités absolue et relative. La théorie classique a, certes, vu là l'un des principaux fondements de la différence entre les deux nullités (292), la nullité absolue opérant de plein droit et la nullité relative n'étant jamais prononcée que par le juge. Mais, justice a été faite de cette prétendue différence (293). La cause véritable de toute nullité, relative ou absolue, réside dans le vice de l'acte et non dans la décision judiciaire qui la « prononce » ou la « constate ». Et, s'il est bien vrai que le recours au juge s'impose chaque fois qu'une partie invoque la nullité d'un acte dont l'autre partie réclame l'exécution, cela est aussi vrai de la nullité absolue que de la nullité relative. Dans les deux hypothèses, l'intervention du juge a la même signification : fruit d'une contestation, elle découle du principe que nul ne peut se rendre

---

(290) Cf. Planiol, III, N^{os} 2671 et 2672.

(291) Planiol, II, N^{os} 1303 et 1312.

(292) Cf. Colin et Capitant, *op. cit.* ; Ripert et Boulanger, I, N^{os} 342 et 343.

(293) *Ibid.* ; l'article 1117 du Code civ la consacre ; mais il n'est que l'écho d'une tradition historique remontant à la *restitutio in integrum* pretorienne romaine, et aujourd'hui dépassée (cf. Ripert et Boulanger, *op. cit.*).

justice à lui-même. Elle répond donc, dans les deux hypothèses, à la première conception que nous avons dégagée (*supra,* N° 155) et ne doit donc pas nous retenir en tant que telle. Entendue, au contraire, dans le sens de la seconde conception, elle n'empêche pas de ranger les deux sortes de nullités dans la catégorie des dissolutions jouant de plein droit.

157. — Il n'y a pas de différence, en effet, au regard du moins du rôle joué par le juge dans leur mise en œuvre, entre les différentes nullités et, par exemple, la révocation d'une donation pour survenance d'enfant au donateur (article 960 du Code civil). Dans les deux cas, le recours au juge devient nécessaire en cas de contestation et n'est requis qu'en cette conjoncture (294). Et, dans les deux cas, il n'appartiendrait pas au juge de refuser ou de différer la dissolution, sa cause une fois établie et constatée. A cette première catégorie, on peut joindre également les conditions résolutoires casuelles conventionnelles, dont le juge doit éventuellement, en cas de contestation, constater la réalisation. Mais son intervention n'est pas intimement liée à la résolution, qu'il ne lui appartiendrait du reste pas de différer.

A ce premier groupe de causes de dissolution s'opposent celles dont la mise en œuvre exige nécessairement l'intervention du juge. Le meilleur exemple s'en trouve dans la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution par l'une des parties de ses obligations (article 1184 du Code civil), sur laquelle l'article 954 du Code civil a calqué la révocation des libéralités pour inexécution des conditions (295). La partie qui veut obtenir la dissolution de l'acte doit, alors, le demander nécessairement au juge (296). Les conditions requises pour l'exercice de cette action en justice, comme la nécessité d'une mise en demeure généralement imposée par les arrêts (297), sont autant d'entraves à la dissolution, qui jouent en faveur des occasions de subrogation. Une autre entrave, qui résulte du rôle même joué par le juge dans la résolution, réside dans la possibilité pour le juge de différer celle-ci en accordant un délai de grâce au débiteur (article 1184, al. 3) (298). La résolution est l'œuvre du juge et, bien qu'elle soit rétroactive (299), elle ne se pro-

(294) Cf. Planiol, III, N° 2672, 1°.
(295) Planiol, III, N° 2634.
(296) Art. 1184, al. 2 et 3, art. 956, Planiol, II, N° 1312, et III, N° 2634.
(297) Planiol, II, N° 1318, et III, N° 2634. Pourtant la résolution ne pouvant être prononcée qu'en justice, exige une assignation. Et il semble que cette assignation devrait valoir mise en demeure.
(298) Planiol, II, N° 1316, et III, N° 2634.
(299) Planiol, II, N° 1320, et III, N° 2635.

duit qu'au moment du jugement, ce qui entraîne la possibilité pour le débiteur défaillant d'empêcher la résolution en offrant d'exécuter son engagement, ou de le suspendre en intentant une voie de recours (300). Tous ces obstacles, suscités par le caractère judiciaire de la résolution, conservent son intérêt à la stipulation de clauses conventionnelles faisant, du défaut d'inexécution dans un délai convenu, une condition résolutoire ordinaire. De telles clauses soustraient la résolution aux pouvoirs du juge, si toutefois elles précisent expressément que la résolution aura lieu de plein droit (301).

Des dissolutions judiciaires ainsi entendues, on peut rapprocher la révocation des libéralités pour ingratitude du gratifié (article 956 du Code civil) (302).

Le rôle de l'intervention judiciaire permet ainsi d'opposer les causes de dissolution opérant de plein droit, c'est-à-dire celles qui n'occasionnent le recours au juge, en cas de contestation, que par application du principe très général interdisant de se rendre justice à soi-même, et celles dont la mise en œuvre est nécessairement subordonnée à un jugement. De ces deux catégories, la première, plus expéditive, est aussi la plus nombreuse et représente, par là, un facteur de restriction du domaine de la subrogation réelle.

Les causes de dissolution se répartissent différemment si on les compare en fonction non plus du rôle du juge, mais des personnes pouvant agir ou encore des causes d'extinction de l'action en justice, quel que soit du reste le rôle reconnu à cette dernière.

II. — PERSONNES POUVANT AGIR

158. — A cet égard, une opposition s'établit entre les nullités absolues d'une part, les autres causes de dissolution d'autre part.

Il serait superflu de comparer en cela les nullités absolue et relative. Les affirmations de la théorie classique des nullités ouvrant l'action en nullité absolue à tout intéressé et l'action en nullité relative aux seules personnes protégées par la nullité sont très généralement conservées en doctrine, car elles répondent à la réalité (303). Il existe deux régimes distincts et il nous suffit de relever que la nullité absolue,

(300) Planiol, II, N° 1319.

(301) Planiol, II, N°s 1323 et 1324, et III, N° 2634. Sans cette précision, elles seraient considérées comme n'ajoutant rien à l'article 1184 du Code civ.

(302) Planiol, III, N° 2647.

(303) Colin et Capitant, I, N°s 66 et 67 ; Ripert et Boulanger, I, N° 346.

plus facilement mise en œuvre que la nullité relative, oppose par là même un obstacle plus efficace à la subrogation réelle (303 bis).

159. — Il est plus intéressant de remarquer, qu'envisagées au regard des personnes pouvant les mettre en œuvre, les résolutions sont très généralement assimilables aux nullités relatives. L'action en résolution, elle aussi, n'est ouverte, le plus souvent, qu'à certaines personnes. Ainsi, l'action en réduction des libéralités pour atteinte à la réserve n'appartient qu'aux réservataires et à leurs créanciers, en vertu de l'article 1166 du Code civil (304); l'action en révocation des libéralités pour ingratitude du gratifié est ouverte au disposant ou, après sa mort, à ses héritiers (articles 957 et 1046 du Code civil), et l'action est jugée ici suffisamment attachée à la personne pour que les créanciers du disposant ne puissent l'exercer sur la base de l'article 1166 du Code civil (305); l'action en révocation des libéralités pour inexécution des conditions, de son côté, n'est accordée qu'au donateur et à ses héritiers et refusée même au bénéficiaire de la charge (306). Le régime de cette dernière action est, du reste, calqué sur celui de l'action en résolution des conventions pour inexécution des obligations, prévue par l'article 1184 du Code civil (307).

L'action en résolution ouverte par cet article ne peut être intentée que par l'autre partie à la convention, et, à la condition qu'elle soit elle-même en règle avec le contrat (308). A cette sérieuse restriction de droit, il faut ajouter celle qui résulte, en fait, de la possibilité pour le demandeur d'opter entre la poursuite de l'exécution et la résolution (article 1184, al. 2), et il est même admis, en droit moderne, que le demandeur en résolution peut toujours changer ses conclusions et réclamer l'exécution (309). L'exercice de la résolution se trouve encore limité par le refus de l'action à la partie défaillante et fautive (310). C'est évidemment à la partie en

---

(303 bis) Il faut naturellement noter, à cet égard, l'incidence des règles particulières étendant l'exercice de l'action en nullité relative à certaines personnes supplémentaires. Il en est ainsi, par exemple, de la règle jurisprudentielle accordant au conseil judiciaire du prodigue l'action en nullité des aliénations conclues par cet incapable (cf. Colin et Capitant, I, N° 598).

(304) Planiol, III, N° 3104.

(305) *Op. cit.*, N° 2647.

(306) *Op. cit.*, N°s 2631 et 2633, et II, N° 1262.

(307) *Op. cit.*, III, N° 2631.

(308) *Op. cit.*, II, N° 1314.

(309) *Op. cit.*, II, N° 1315. Cette possibilité répond à celle assuree au débiteur d'arrêter la résolution en offrant d'exécuter (*supra*, N° 157).

(310) Planiol, II, N° 1314.

faute de subir la résolution par le fait de l'autre. Cette règle équitable doit même commander l'interprétation d'une éventuelle clause conventionnelle de résolution de plein droit, pour inexécution des obligations (*supra*, N° 157). Il appartiendrait, évidemment, à une telle clause de permettre la résolution bilatérale. Mais une telle stipulation expresse est très rare et, dans le doute, elle ne doit pas être interprétée en ce sens (311).

Sur ce dernier point, les conditions résolutoires subordonnées à un autre fait que le défaut d'exécution d'une des obligations sont plus facilement mises en œuvre. L'arrivée de ces conditions résulte d'un fait prévu, dont l'une ou l'autre des parties peut se prévaloir (312).

Doit-on aller plus loin et permettre à tout intéressé d'invoquer une condition résolutoire casuelle ? On pourrait le penser, en songeant que l'arrivée de la condition est alors subordonnée à un fait qui s'accomplit nécessairement pour tout le monde. Tel est bien le motif invoqué pour expliquer, par exemple, que tout intéressé peut faire constater en justice, si besoin est, la révocation d'une donation pour survenance d'enfant au donateur (313). Mais la généralisation ne paraît pas admise sans réserve. C'est ainsi que l'action tendant à faire constater la résolution d'une donation affectée d'un droit de retour conventionnel est réservée, en doctrine, aux seuls bénéficiaires du retour : le donateur, ses héritiers, ou leurs cessionnaires (314). Sur un plan général, les conditions casuelles lorsqu'elles sont insérées dans des contrats sont étroitement liées à la situation contractuelle. Ce fait incite plutôt à les soustraire à l'action des tiers.

III. — CAUSES D'EXTINCTION DE L'ACTION

160. — La distinction classique entre les nullités absolue et relative doit être, ici encore, admise. La nullité absolue oppose à la fluctuation par aliénation un obstacle plus tenace que la nullité relative puisqu'elle ne s'éteint que par la prescription trentenaire et n'est pas susceptible de confirmation (315). La nullité relative, au contraire, s'éteint par la confirmation possible de l'acte annulable (316) et, surtout en

(311) Planiol, II, N° 1324, 3°.

(312) Planiol, II, comparer N°s 1306 et 1314.

(313) Planiol, III, N° 2672, 2°. Il faut réserver les droits des enfants du donateur du vivant de celui-ci. Les enfants n'ont, du reste, guère intérêt à agir, car le donateur pourrait refaire la libéralité (*op. cit.*, N° 2674) et, contre ce droit de disposer, les enfants sont protégés par leur réserve et non par la révocation.

(314) Planiol et Ripert, V, par A. Trasbot, N° 457.

(315) Cf. Colin et Capitant, II, N° 66 ; Ripert et Boulanger, I, N°s 347 et 348.

(316) Colin et Capitant, N° 67 ; Ripert et Boulanger, I, N° 353.

matière conventionnelle, par la prescription extinctive décennale (article 1304 du Code civil) (317). L'incidence de ces différences traditionnelles sur le domaine de la subrogation réelle apparaît assez nettement pour qu'il suffise ici de souligner les fléchissements accrus ou, au contraire, les cas de plus grande résistance de la nullité relative.

La mise en œuvre de la nullité relative, ou de la rescision, est limitée en principe à dix ans par l'article 1304 du Code civil. Cette durée peut se trouver encore écourtée soit par des règles radicales particulières, comme l'interdiction d'attaquer un acte pour cause de démence, après le décès de son auteur (article 504 du Code civil), soit par une prescription extinctive abrégée, comme celle de deux ans, qui atteint l'action en rescision pour lésion des ventes d'immeubles (article 1676 du Code civil). D'autres éléments, au contraire, prolongent les possibilités de mise en œuvre des nullités relatives ; il en est ainsi lorsque le point de départ de l'action en nullité est reculé, ce qui est assez fréquent (318) ; il en est ainsi également de la règle jurisprudentielle, selon laquelle la mise en œuvre de la nullité par voie d'exception est perpétuelle (319), règle qui vaut d'ailleurs aussi bien pour la nullité absolue que pour la nullité relative (320) et qui confère à l'obstacle qui en découle, pour la subrogation réelle, une vitalité singulière.

161. — Il ne fait pas de doute que, au regard de la longévité de leur mise en œuvre, les actions en résolution se rapprochent des nullités absolues, à la différence de ce qui se passe, le plus souvent, au regard de la détermination des personnes pouvant agir (321). Le prescription décennale de l'article 1304 ne s'applique qu'aux nullités relatives et aux rescisions ; les actions en résolution sont seulement soumises à la prescription trentenaire de droit commun (article 2262 du Code civil (322). Telle est, du moins, la règle générale. Il faut naturellement réserver les exceptions particulières propres à certaines institutions déterminées, comme la prescription d'un an de l'action en révocation des libéralités pour cause d'ingratitude (articles 957 et 1047 du Code civil) (323).

---

(317) Voir Planiol, II, N° 1282.

(318) Voir ces cas dans Planiol, II, N° 1284.

(319) *Op. cit.*, N° 1291.

(320) Colin et Capitant, I, N° 66.

(321) Comparer *supra*, N° 159.

(322) Cf. Planiol, II, N° 1287, et III, N° 2636.

(323) Cf. Planiol, III, N^{os} 2649 et suivants, 2856. Ce délai est, du reste, plus un délai préfix qu'une véritable prescription. Il est fondé sur le pardon présumé du gratifiant ou de ses héritiers. Aussi ne court-il que du jour du délit ou du jour où le gratifiant ou ses héritiers en ont eu connaissance. Comp. Planiol, *op. cit.*

CHAPITRE II

LES CONDITIONS DE LA FLUCTUATION

162. — Les différents événements que nous avons mentionnés ou étudiés au chapitre précédent sont, par leur nature propre, *susceptibles* d'enlever son objet à un droit quelconque. En ce sens, ils sont des causes possibles de fluctuation de cet objet. Il nous faut déterminer maintenant à quelles conditions ils entraînent *effectivement* cette fluctuation, de telle sorte que l'objet d'un droit déterminé laisse une place vide qu'un autre objet puisse occuper (1).

Ces conditions peuvent se répartir en deux groupes, les unes concernant l'objet du droit, les autres l'événement générateur de la fluctuation.

SECTION I

CONDITIONS RELATIVES A L'OBJET DU DROIT

163. — Pour que le remplacement de l'objet d'un droit (1 bis) soit concevable, cet objet doit remplir certaines conditions. Le simple bon sens, en partant de l'opération de rem-

(1) Cf. *supra*, N^os^ 66 à 70.

(1 bis) Il importe de se rappeler que l'expression « objet de droit » désigne les biens appréhendés soit directement par les droits réels, soit indirectement par les droits personnels, cette différence d'appréhension ne modifiant pas sur le plan général les données du

placement, les indique : on ne remplace que ce qui est individualisé et matériel. Telles sont les deux conditions initiales de la subrogation réelle : le droit que la subrogation a pour mission de conserver doit, avant même la réalisation de la fluctuation, avoir un objet individualisé et matériel. Le simple bon sens qui indique ces deux conditions permet aussi de les appliquer.

§ 1er. — Individualisation de l'objet du droit

164. — A) *La nécessité* même de l'individualisation de l'objet apparaît à l'analyse de l'opération de remplacement. Pour que l'objet d'un droit puisse être remplacé par un autre, il doit lui céder la place. Or, on ne peut parler de place laissée vide et vacante que si l'on sait où s'arrête ce vide, c'est-à-dire que si cette place est délimitée. Et il n'en est ainsi que si l'objet qui l'occupait initialement est lui-même individualisé. On n'aliène, on ne détruit, on ne perd que ce qui est reconnaissable, identifiable, c'est-à-dire fini.

Cette première condition de la subrogation réelle dérive donc de la nature des choses. Elle entraîne des conséquences qui permettent de préciser l'hypothèse de la subrogation réelle.

165. — B) *Conséquences de cette nécessité : exclusion des choses de genre.*

Les éléments individualisant l'objet sont, évidemment, fort divers. Une chose incorporelle, comme une créance, est individualisée par sa source et ses sujets ; et cela suffit pour qu'elle puisse servir d'objet identifiable à un autre droit. Lorsqu'il s'agit d'une chose matérielle, au sens courant du terme (2), l'individualisation résulte, le plus souvent, de la forme donnée à la chose. Celle-ci cesse d'exister quand sa forme disparaît (3). L'affirmation, présentée de façon absolue, serait du reste inexacte. S'il est bien vrai qu'une table, une automobile, un bâtiment peuvent être considérés comme tirant leur individualité de leur forme, il n'en est ainsi qu'au regard des droits qui s'attachent à cette seule forme. Tel est le cas, par exemple, du droit de l'acheteur de l'automobile,

---

problème de la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 85, note 192) ; sauf à relever au passage l'incidence de cette différence sur certains problèmes particuliers.

(2) Nous verrons que, dans la théorie de la subrogation réelle, la matérialité de l'objet et de la technique qui l'appréhende doit être prise dans un sens très large. Cf. *infra*, N°s 167 et suivants.

(3) Cf. Colin et Capitant, I, N° 941 bis.

qui peut exiger que son vendeur lui livre ce meuble dans sa forme constitutive, et non seulement en l'état de la substance qui la compose. Mais, bon nombre de droits ne sont pas indifférents à cette substance. Il est parfaitement possible, il est même courant, que l'objet d'un droit déterminé tire son individualité à la fois de sa forme et de sa substance constitutive. Il en est ainsi notamment de l'objet, du droit de propriété, droit le plus plein de tous. Si, alors, la forme venait à disparaître, l'individualité de l'objet n'en ferait pas nécessairement autant. Le propriétaire de la table, de l'automobile, du bâtiment est aussi propriétaire du bois, du métal, des matériaux et du sol qui entrent dans la constitution de ces choses. L'individualité de l'objet résulte donc aussi, en partie du moins, de la substance qui le constitue (4). Seulement, cette substance est celle qui entre dans sa forme, et seulement celle-là. Elle est donc finie, elle aussi, et ne se ramène pas au bois, au métal, à la pierre en général. S'il en était ainsi, elle ne serait plus finie. Alors, il n'y aurait plus d'individualisation. Et c'est précisément ce qui se passe pour les choses de genre.

Le genre, par définition même (5), est, à l'opposé de l'individualisation matérielle. Les choses sont considérées dans leur genre lorsqu'elles sont fongibles entre elles, c'est-à-dire lorsque leur individualité est indifférente au droit qui les prend pour objet. La fongibilité générale, entre toutes les choses d'un même genre, est la négation même de toute importance particulière attachée à l'individualité physique de chacune d'elles. La qualité et la quantité suffisent, ici, à déterminer l'objet du droit. L'exemple le plus courant qu'on en puisse donner est celui des deniers.

Dès lors, il n'est pas concevable qu'une chose de genre puisse disparaître pour céder sa place à une autre chose comme objet d'un droit. C'est ce qu'exprime, d'une façon aussi logique que traditionnelle, la règle « *Genera non pereunt* ». Les genres ne périssent pas plus qu'ils ne se détruisent ou qu'ils ne s'aliènent (6). Qu'importe, en effet, qu'une chose de genre disparaisse ? Il en restera toujours. Et si l'objet du droit ne se détermine que par le genre, il ne se trouve pas altéré par une telle disparition. Il s'ensuit logiquement que *les droits qui portent sur des genres, dans*

---

(4) La remarque apparaîtra avec son importance lorsqu'il s'agira de déterminer à quelles conditions l'événement générateur de la fluctuation s'applique à l'objet même du droit. Cf. *infra*, N° 172 et suivants.

(5) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 59.

(6) *Op. cit.*, N° 622, 1°, et VII, par R. Radouant, N° 1315, 2° ; Planiol, II, N° 621.

la mesure même où leur objet n'est pas individualisé et ne peut pas disparaître, constituent un domaine fermé à la subrogation réelle.

Il n'est du reste pas impossible que, par exception, tout un genre disparaisse soit par sa mise hors du commerce, soit par épuisement (7). Alors, cette disparition entraînerait une fluctuation dans l'objet du droit portant sur le genre disparu. Mais une telle hypothèse, par son caractère exceptionnel, est assez peu importante pour ne pas mériter plus qu'une mention. Celle de l'emploi, au contraire, très fréquente, doit voir sa place précisée dans la théorie de la subrogation réelle.

166. — C) *L'emploi* est l'opération par laquelle des deniers ayant une origine déterminée sont utilisés à un achat quelconque. Cet achat réalise un placement. Les deniers servant à l'emploi sont donc individualisés, par exception à la règle courante en matière de genres. La notion même d'emploi suppose une telle individualisation.

L'emploi est une opération fréquente, utilisée chaque fois que les circonstances font craindre qu'une somme d'argent perde de sa valeur. C'est ce motif qui fait prescrire fréquemment l'emploi dans les contrats de mariage, que ceux-ci adoptent le régime de communauté ou le régime dotal (8). L'emploi constitue souvent aussi une charge imposée par le gratifiant au donataire ou au légataire d'une somme d'argent ; cette pratique a même donné lieu à une jurisprudence importante dans la théorie de la subrogation réelle (9). L'emploi est parfois d'un fonctionnement courant et presque automatique. C'est ainsi qu'il est à la base de la constitution des biens réservés à la femme sous tous les régimes matrimoniaux puisque ces biens sont ceux qui, par définition, proviennent des gains procurés à la femme par sa profession séparée (article 224 nouveau, Code civil) ; ces gains sont pratiquement toujours des deniers, et les biens réservés résultent de leur emploi. L'emploi intervient encore plus couramment dans la perpétuation des fonds de commerce ; le renouvellement, voire l'accroissement du stock provient de l'emploi du fonds de roulement et souvent d'une partie des bénéfices ; le fait est tellement la règle qu'une décision de justice a pu créer une présomption en ce sens (10).

(7) Planiol et Ripert, VII, par R. Radouant, N° 1315.

(8) Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N^{os} 499 et suivants, pour le régime de communauté ; *op. cit.*, IX, par M. Nast, N^{os} 1203 et suivants, pour le régime dotal. Cf. *supra*, N^{os} 138 et 140.

(9) V. Civ., 1er août 1910, S. 1913. 1. 361 ; Civ., 10 mars 1920, S. 1923. 1. 305 ; Civ., 23 mars 1925, D.H. 1925. 308 ; cf. *supra*, N^{os} 23, note (82), et 35, c), note (119).

(10) Besançon, 8 mars 1949, J.C.P. 1950. II, 5284, note Weill.

Ces quelques exemples suffisent à montrer que l'emploi ne diffère du remploi que dans la mesure où les deniers servant à l'acquisition ne proviennent pas nécessairement de l'aliénation antérieure d'un autre bien. Leur origine est plus diverse, mais toujours déterminée ou tenue pour telle ; et en cela réside l'élément individualisateur des deniers. Aussi l'emploi sert-il aux mêmes fins que le remploi et que la subrogation réelle en général. Ces procédés, d'inspiration identique, sont techniquement fort voisins. L'emploi, précisément parce qu'il suppose une individualisation des deniers, et dans cette mesure, réalise une fluctuation analogue à celles où la subrogation réelle trouve son occasion.

Il serait pourtant hâtif de voir en lui une subrogation réelle. Nous constaterons, en effet, que la nature de l'objet changeant, celle du droit en fait parfois autant (11). Il en est ainsi toutes les fois que le droit, en portant sur le corps certain acquis en emploi, acquiert une sanction réelle alors que, portant sur des deniers, il était, par la force des choses, sanctionné par une action personnelle. Une telle transformation apparaît évidemment dans les réclamations : reprises sous les régimes matrimoniaux, revendications diverses, etc... On ne peut réclamer une somme d'argent que par une action personnelle; si le corps certain, acquis en emploi, peut faire l'objet d'une revendication, la transformation qui résulte de la fluctuation ne concerne plus seulement l'objet du droit, elle atteint le droit lui-même. Un tel phénomène est incompatible avec la subrogation réelle. Pour que l'emploi soit assimilable à une subrogation réelle, il faut que le droit qu'il conserve demeure personnel en portant sur le corps certain. Tel est, par exemple, le droit du bénéficiaire d'une charge écrite dans une donation. Ces remarques relèvent, en réalité, de la notion technique de la subrogation réelle (*infra*, N^os^ 486 et suiv.) et ne figurent ici que pour éviter, dès l'abord, toute confusion sur la place de l'emploi par rapport à la subrogation en général.

Il entre, en revanche, dans le cadre de la présente étude de souligner que l'emploi ne peut soulever la question de la subrogation réelle que dans la mesure où il a réalisé une fluctuation, c'est-à-dire dans la mesure où les deniers individualisés et employés ont *cédé la place* à un autre objet. La remarque paraît évidente. La Cour de Cassation, dans ses trois importants arrêts précédemment cités (*supra*, note 9), a pourtant laissé planer sur cette évidence un trouble qu'il n'est pas sans intérêt de dissiper. Il s'agissait, dans ces trois espèces de donations, de sommes d'argent faites à des communautés religieuses, à charge par elles d'employer les-

(11) Cf. *infra*, N^os^ 568 et suivants.

dites sommes à construire des chapelles ou églises. Ces communautés ayant été dissoutes à la suite de la loi de séparation de l'église et de l'Etat, les donateurs ou leurs représentants exerçaient l'action en reprise créée par les lois des 24 mai 1825, 9 décembre 1905 et 13 avril 1908 (12) et réclamaient les sommes d'argent données, dont l'emploi avait été pourtant effectif et expressément admis par la Cour Suprême. Or, il est notable que la Cour de Cassation a commencé par écarter la subrogation réelle invoquée par les défendeurs pour des raisons propres à son fonctionnement et par des motifs de principe qui font date dans l'histoire de la subrogation (13). Aucun doute n'est permis sur ce point. Les motifs des arrêts sont rédigés de telle sorte qu'ils sont une réplique à la théorie moderne. Ils ne visent pas seulement à ignorer *l'emploi,* mais bien à refuser la *subrogation.* Les auteurs modernes eux-mêmes ont dû le reconnaître (14). Ce n'est qu'après ce refus que la Cour Suprême a permis aux demandeurs de reprendre les sommes d'argent données, motif pris de ce que ces sommes constituaient l'émolument de la donation. Les deux stades de ce raisonnement se contredisent. Si on tenait à faire restituer au donateur les sommes données, il fallait, et cela suffisait, négliger, du moins à l'égard du donateur, l'emploi effectué (et du reste incontesté dans l'exécution même de la charge). Alors, il était exact de dire que l'émolument de la donation n'avait jamais été, à l'égard du donateur, que la somme d'argent effectivement donnée. Cette solution avait pour elle le droit commun des créances de genres, précisément dans la mesure où, au regard de l'action en reprise, elle ignorait l'emploi. Mais alors, également dans cette même action, aucune question de subrogation ne pouvait plus se poser, puisqu'aucune fluctuation n'était censée s'être produite. Au contraire, discuter le jeu de la subrogation réelle dans la propriété des donateurs équivalait nécessairement à enregistrer, *même à l'égard de ces deniers,* la fluctuation résultant de l'emploi. Dès lors, il ne devait plus être possible de permettre aux donateurs de reprendre les deniers donnés ; l'emploi admis, les deniers employés cessaient, même au regard des donateurs, de représenter l'émolument de la donation. De sorte que, le problème une fois posé ainsi, le

(12) V. *infra,* N[os] 660 et 661.

(13) Cf. *supra,* N° 35, c), et *infra,* N[os] 616, 617 et suivants.

(14) V. Henry, thèse, pp. 236 à 238. Rappelons ici ces motifs dont la rédaction est identique dans les trois arrêts. « L'affectation par donation d'une somme d'argent à un objet déterminé ne rentre (sic) dans aucun des cas *de subrogation réelle* prévus par la loi et, par suite, elle n'emporte pas d'elle-même substitution de l'objet à la somme d'argent. Pour qu'elle ait cet effet, il faut qu'il lui ait été attribué par la volonté des parties. »

refus d'admettre le jeu de la subrogation dans la reprise aboutissait pratiquement à une impasse, les donateurs se voyant refuser et la reprise des deniers et celle du bien acquis en emploi ! Pour éviter cette impasse, il fallait ou nier l'emploi ou admettre la subrogation. Mais, logiquement, nier l'emploi conduisait à refuser toute discussion du fonctionnement de la subrogation réelle, puisque celle-ci suppose nécessairement une fluctuation que seul l'emploi pouvait en l'espèce réaliser.

§ 2. — Matérialité de l'objet du droit

167. — Il ne suffit pas que l'objet d'un droit soit individualisé pour que son remplacement éventuel par un autre objet se conçoive. Il faut aussi qu'il soit matériel, c'est-à-dire qu'il tire son individualité d'un contenant matériel déterminé, susceptible de disparaître. Le remplacement implique la discontinuité. Cette discontinuité ne procède pas de la seule individualisation ; elle est le fruit de la matérialité.

Il convient du reste de remarquer que cette matérialisation de l'objet existe dans la quasi-totalité des cas. Pourtant, il peut arriver, par exception très remarquable, que des droits portent sur des valeurs à la fois individualisées et immatérielles. Tel est le cas du droit de la femme sur les valeurs dotales incluses dans des biens paraphernaux. Ces valeurs sont, incontestablement, individualisées par leur origine dotale. Mais elles se distinguent de leur contenant matériel paraphernal. Et c'est pourquoi elles demeurent elles-mêmes à travers les fluctuations des biens matériels qui les contiennent. Dans la mesure où le droit de la femme porte sur de telles valeurs dotales, son objet est exclusif de toute fluctuation. La théorie de la dotalité incluse ne laisse donc aucune place à la subrogation réelle.

Il faut, à cet égard, dénoncer l'affirmation de la théorie moderne selon laquelle le véritable objet des droits conservés par subrogation réelle réside, non dans les biens matériels, mais dans la valeur représentée par ces biens (15). Nous aurons à démontrer l'inexactitude de cette affirmation qui méconnaît les données fondamentales commandant la réalisation de la subrogation réelle (16). Il suffit, ici, d'en souligner l'illogisme. Si l'objet du droit était la valeur individualisée mais immatérielle, contenue dans les biens ma-

(15) Références *supra*, N° 35, note (113), notamment Henry, thèse, p. 379.

(16) Cf. *infra*, N°s 483 et suivants.

tériels, cet objet serait continu, indifférent à toute fluctuation purement formelle et, par là, ne pourrait ni disparaître, ni, par conséquent, être remplacé. La subrogation réelle n'existerait plus, et tout se passerait comme dans la théorie de la dotalité incluse. La subrogation réelle en diffère précisément dans la mesure où, supposant un remplacement, elle implique une fluctuation, c'est-à-dire une succession de deux objets distincts, discontinus.

168. — La raison même de la condition de matérialité conduit à préciser le sens qu'il convient d'attribuer à l'expression « biens matériels », dans la théorie de la subrogation réelle. Nous entendons par là tout « contenant déterminé » d'une valeur individualisée. Il suffit que ce contenant soit précis et distinct d'un autre contenant de la même valeur pour que la discontinuité entre eux existe et que la fluctuation soit concevable. Dès lors, il n'est pas nécessaire que ce contenant soit corporel. Il peut être incorporel.

Ainsi, une créance *en tant qu'objet de droit* se comporte, au regard de la fluctuation que nous étudions, comme un bien matériel ordinaire et ne s'identifie pas purement et simplement avec la valeur qu'elle individualise, comme on est couramment porté à le penser. Le fonctionnement de la dotalité incluse dans les paraphernaux permet, ici encore, de préciser le concept de la subrogation. Il fait ressortir la dualité entre la créance et sa valeur. La valeur dotale contenue dans la créance du prix de vente d'un bien paraphernal, contenant lui-même la dot, ne s'identifie pas avec ladite créance. Si cette dernière est inférieure au montant de la dot, l'acquéreur doit verser à la femme le complément. Si, à l'inverse, la créance est supérieure au montant de la dot, la partie excédentaire n'est pas dotable (article 1543 du Code civil) (17). Ainsi, la créance du prix et la valeur dotale qu'elle individualise sont distincts. Comme contenant de la dot, la créance joue le même rôle qu'un bien matériel paraphernal.

Ce que la théorie de la dotalité incluse met en lumière, parce qu'elle différencie les régimes appliqués à la valeur et à son contenant, demeure vrai dans la théorie de la subrogation réelle, où ces régimes se rejoignent. Une simple créance est déjà un contenant de la valeur, aussi distinct de celle-ci qu'un bien matériel quelconque. En tant que contenant d'une valeur, la créance, tout comme un bien corporel, est susceptible de remplacement. Et, comme pour un bien corporel, c'est par son intermédiaire, nécessaire, que

(17) Sur ces différents points, cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1212.

la valeur qu'elle contient est appréhendée dans la théorie de la subrogation réelle, à la différence de ce qui se passe dans la théorie de la dotalité incluse (18). C'est parce que les biens incorporels se comportent, en tant qu'objets de droits, comme des biens corporels *stricto sensu,* au regard de leur remplacement possible, comme au regard de la technique qui les appréhende qu'il convient de les comprendre, par assimilation fonctionnelle, dans l'expression « biens matériels » entendue largement.

Il peut, certes, paraître choquant, de prime abord, de voir attribuer une matérialité à un bien incorporel dont la caractéristique est précisément de n'avoir pas de matière. Mais cette licence terminologique résulte de l'indigence du vocabulaire juridique sur ce point. Les cas où un droit porte sur une valeur individualisée sans porter en même temps sur son contenant, comme cela se passe dans la dotalité incluse, sont tellement exceptionnels et même anormaux qu'il n'existe pas, dans le langage juridique, de terme propre à différencier un tel objet, par opposition à tous les autres qui confondent la valeur et le bien qui la contient. Les expressions « corporel » et « incorporel », « matériel » et « immatériel », selon leur sens courant, traduisent des oppositions seulement entre différents contenants, non pas entre les contenants et leur absence. Mais on n'a certes pas suffisamment caractérisé la valeur dotale incluse en disant seulement qu'elle est immatérielle ou incorporelle. Ces expressions, dans leur sens courant, s'appliquent aussi bien à un droit quelconque qui constitue déjà un contenant déterminé de la valeur, qu'à cette valeur individualisée indépendamment de son contenant. Et l'on ne fait pas assez ressortir l'opposition de la valeur dotale incluse avec les objets de tous les autres droits par de tels termes employés dans leur sens habituel. Force est donc, faute de terme propre, d'étendre le sens des mots existants. En choisissant la matérialité, étendue à toutes les hypothèses où la valeur en tant qu'objet de droit est identifiée à son contenant, même incorporel, par opposition aux cas où elle s'en distingue, on traduit du moins une comparaison naturelle et surtout une idée importante. Tout contenant d'une valeur évoque, en lui-même, au moins une comparaison avec la matière. Et, sur le plan technique, les biens incorporels en tant que contenants de valeurs individualisées ont, au regard de la subrogation réelle, un comportement analogue à celui des biens matériels ordinaires. Comme eux, ils sont susceptibles de fluctuation ; et, comme eux, nous le verrons, ils conditionnent la réalisation du remplacement lui-même (19). C'est pourquoi, dans la

(18) Cf. *supra,* N^os^ 80 et 81, et *infra,* N^os^ 315 et 484.
(19) Cf. *infra,* N^os^ 314 et suivants.

théorie de la subrogation réelle, on doit reconnaître aux biens incorporels une matérialité fictive, ou du moins une matérialité par assimilation.

SECTION II

CONDITIONS RELATIVES À L'EVENEMENT GENERATEUR DE LA FLUCTUATION

169. — Pour que l'objet d'un droit soit susceptible de remplacement, il faut qu'il soit individualisé et matériel, dans le sens très général que nous avons attribué à ce dernier mot (*supra,* N° 168). Ces deux conditions sont initiales et passives. Pour que la fluctuation se réalise, il faut, de plus, que l'un des événements que nous avons précédemment analysés (*supra,* chapitre I^er^), remplisse, lui aussi, certaines conditions, plus actives. Le bon sens les indique. Il est d'abord nécessaire que cet événement s'applique précisément à l'objet même du droit. Il est ensuite tout aussi nécessaire qu'il oppose un obstacle efficace à l'appréhension de cet objet par le droit. Alors seulement le droit aura perdu son objet : la fluctuation sera réalisée.

§ 1^er^. — Identité entre l'objet du droit et celui de l'événement générateur de la fluctuation

170. — Il faut que l'événement générateur de la fluctuation s'applique à la chose même faisant l'objet du droit. Le principe de cette identité ne soulève aucune objection, car il exprime l'évidence. Aussi son application est-elle générale et concerne-t-elle n'importe lequel des événements susceptibles d'engendrer une fluctuation : aliénations, destructions matérielles et juridiques, perte de la chose, etc...

Il est plus intéressant de relever le corollaire de ce principe d'identité : *c'est par rapport à l'objet même du droit qu'il convient d'apprécier le caractère total ou partiel de la destruction, de l'aliénation, de la perte, etc...* Suivant, par exemple, que l'objet du droit est seulement un bâtiment, ou

comprend aussi le sol, la destruction de ce bâtiment sera considérée comme totale ou partielle ; et dans l'hypothèse, assez rare il est vrai, où le droit ne porterait que sur le sol, la destruction du bâtiment serait indifférente (20). Suivant encore qu'un droit porte sur un bien matériel, exclusivement ou à titre de simple élément d'un groupe comprenant d'autres biens (un fonds de commerce, par exemple), l'aliénation dudit bien sera totale ou partielle à l'égard du droit considéré. C'est vue sous cet angle que la condition d'identité d'objet entre le droit et l'événement générateur de la fluctuation apparaît de la façon la plus expressive. En effet, le principe d'identité est en lui-même tellement évident qu'il ne présente guère d'intérêt rationnel ou normatif. Son corollaire, au contraire, le révèle en droit positif de façon plus précise et plus concrète; il offre, par là, un abord plus secourable pour suivre le jeu du parallélisme nécessaire entre l'objet du droit et celui de l'événement considéré. Aussi utiliserons-nous, principalement, ce corollaire pour étudier cette condition de la fluctuation.

Qu'elle soit considérée directement en elle-même ou dans son corollaire, la condition d'identité, par sa nature propre, suppose l'appréciation des faits. Aussi sa vérification est-elle normalement laissée à l'approbation souveraine des juges du fond. La Cour de Cassation a fait de cette idée générale une application explicite en matière de bail. C'est aux juges du fond qu'il appartient de décider si, au regard du bail et en application de l'article 1722 du Code civil, la destruction de la chose louée est totale ou partielle (20 bis).

171. — Ainsi analysée, la condition d'identité se révèle dans sa complexité. Il convient, pour l'éclairer, d'en distinguer deux aspects qui dépendent logiquement des caractères prédominants de l'objet du droit. Cet objet est d'abord normalement considéré dans sa matière individualisée ; telle est l'hypothèse initiale de la subrogation. Mais cette matière n'est pas toujours, pour autant, seule considérée. Certains droits accordent une grande importance à l'utilité qu'elle

(20) Il ne faut pas confondre *destruction* partielle et *fluctuation* partielle. La destruction peut, en elle-même, ne porter que sur une partie de l'objet du droit ; elle est alors partielle, mais il est possible que la fluctuation qui en résulte soit totale. Ainsi, une hypothèque porte sur un immeuble, sol compris. La destruction du bâtiment n'est donc jamais qu'une destruction partielle (*infra,* N^{os} 222 et suivants). Mais, par exception, cette destruction partielle peut engendrer une fluctuation totale (par exemple, d'après la législation sur les dommages de guerre, cf. *infra,* N° 227). Le principe d'identité *conditionne* la fluctuation ; il n'en donne pas nécessairement la mesure.

(20 bis) Req., 16 novembre 1898, S. 1900. 1. 20 ; Req., 23 mars 1927, S. 1927. 1. 391.

présente pour permettre la satisfaction d'un besoin quelconque. Au rôle joué par la *matière* de l'objet s'ajoute alors celui de sa *fonction*. Aucun droit, certes, n'est totalement indifférent à l'un ou à l'autre de ces deux éléments matériel et fonctionnel de l'objet. Et celui-ci n'est, en toute hypothèse, susceptible de laisser la place à un autre que dans la mesure où il remplit les conditions physiques que nous avons précédemment précisées (*supra*, section I). C'est pourquoi nous n'avons pas eu alors à tenir compte de la fonction de l'objet. Mais quand il s'agit de déterminer *quand* cet objet a effectivement disparu, la considération de sa matière ou de sa fonction prend de l'importance. Selon que le droit envisagé accorde la prépondérance à l'élément matériel ou à l'élément fonctionnel de son objet, un événement déterminé fera disparaître cet objet dans des conditions différentes. La condition d'identité entre l'objet du droit et celui de l'événement s'en trouve, naturellement, influencée. C'est pourquoi il convient d'étudier celle-ci dans ses deux aspects matériel et fonctionnel.

1er POINT. — ASPECT MATERIEL DE LA CONDITION D'IDENTITE

172. — C'est évidemment l'aspect le plus tangible. Très souvent il ne soulève ni difficulté, ni non plus de particularité intéressante. Ainsi, une aliénation, une destruction juridique peuvent, par leur nature propre, porter aisément sur la totalité ou sur une partie seulement de l'objet du droit, que cet objet soit une simple forme matérielle ou qu'il s'étende à la substance contenue dans cette chose (*supra*, N° 98, a), et 100). Il suffit d'enregistrer cette étendue.

Il en va différemment à l'égard de la destruction matérielle. Celle-ci, nous l'avons vu, ne peut atteindre, selon la nature même des choses, qu'une *forme* matérielle et non la substance (*supra*, N° 94, a). Or, les droits, de leur côté, s'ils ne portent parfois eux aussi que sur des formes matérielles, ont souvent pour objet la *substance* contenue dans ces formes (21). Il s'ensuit une possibilité de décalage entre l'objet imparti par la nature des choses à la destruction matérielle et celui du droit. Et ce décalage permet de dégager le jeu de la condition d'identité, envisagée principalement sous l'angle de son corollaire tel que nous l'avons précisé (*supra*, N° 170). C'est pourquoi l'incidence de la destruction matérielle sur l'objet du droit présente un intérêt particulier. Il

(21) Cette substance alors n'en est pas moins individualisée pourvu qu'elle ne se confonde pas avec un genre : cf. *supra*, N° 165.

convient donc de l'étudier spécialement en examinant le cas où l'objet du droit n'est lui-même qu'une forme matérielle et celui où cet objet comprend la substance de la chose.

I. — CAS OU L'OBJET DU DROIT EST LIMITE A LA FORME MATERIELLE DES CHOSES

172 bis. — La coïncidence est alors possible entre l'objet de la destruction matérielle et celui du droit. Suivant les circonstances de fait, la destruction est soit totale, soit partielle. Et ces caractères doivent s'apprécier par rapport à la forme matérielle, objet du droit. Cette relativité d'appréciation est l'expression normale de la condition d'identité dont le jeu ne se heurte ici à aucun obstacle et s'accomplit aussi aisément qu'à la suite de destructions juridiques ou d'aliénations. Le droit positif consacre logiquement cette idée très simple, dont on peut relever des exemples concernant soit les droits réels, soit les droits de créance.

173. — A l'égard des droits réels, l'exemple de l'usufruit est très net. L'usufruit peut avoir pour objet une forme matérielle destructible, soit mobilière comme un animal, soit immobilière comme un bâtiment. C'est alors, par rapport à cet objet, que s'apprécie le caractère total ou partiel de la destruction éventuelle. La mort de l'animal est, très naturellement, une destruction totale (article 615 du Code civil). Et il en est de même de la destruction du bâtiment, si celui-ci fait l'objet de l'usufruit. L'article 624, al. 1er, du Code civil refuse alors à l'usufruitier tout droit sur le sol et sur les matériaux. Les matériaux constituent la substance du bâtiment ; le sol, qui peut être considéré comme la substance de *l'immeuble*, n'est que le support du bâtiment. Ce dernier, en tant que forme matérielle individualisée, se distingue à la fois des matériaux et du sol.

Et lorsqu'en cette forme réside l'objet de l'usufruit, c'est par rapport à elle qu'il faut juger si la destruction est totale ou partielle. La destruction matérielle du bâtiment emporte destruction totale de l'objet de l'usufruit : c'est ce que dit l'article 624, al. 1er (22). En application du même critérium, la destruction partielle du bâtiment est également partielle à l'égard de l'objet de l'usufruit et dans la même mesure.

La même règle s'applique exactement à l'hypothèque. Elle n'est pas ici édictée par la loi. Mais la jurisprudence a eu l'occasion de la dégager. Rien ne s'oppose à ce qu'une hypothèque grève des constructions sans frapper le sol. Elle

(22) Il en va différemment lorsque l'objet de l'usufruit comprend le sol. Cf. art. 624, al. 2, et *infra*, N° 179.

perd alors définitivement son objet lorsque ces constructions sont démolies, même si de nouveaux édifices sont ultérieurement élevés sur le même terrain (22 bis).

La condition d'identité d'objet entre le droit et la destruction est donc, dans toutes ces hypothèses, facilement et pleinement satisfaite grâce à la possibilité d'un parallélisme rigoureux.

174. — Le même raisonnement s'applique à l'égard des droits de créance de corps certains, parmi lesquels le droit du preneur à bail d'un immeuble offre, lui aussi, un exemple judicieux.

L'article 1722 du Code civil attache à la destruction totale et à la destruction partielle de la chose louée des conséquences différentes (23). La loi précise bien que c'est par rapport à « la chose louée », c'est-à-dire à l'objet même du bail, qu'il convient d'apprécier ce caractère total ou partiel. L'individualité physique de la chose louée varie selon les baux. S'il s'agit d'un local d'habitation, la chose louée se ramène, très généralement, à un appartement nettement circonscrit et déterminé. Si c'est un local commercial qui fait l'objet de la location, son individualité est peut-être plus variée, mais non moins nette : un magasin, un entrepôt, etc... sont des objets de droit précis. Dans tous les cas, il ne faut pas confondre la destruction du « bâtiment » avec celle de « la chose louée ». La même destruction peut être partielle à l'égard du bâtiment, et totale à l'égard de l'appartement ou du magasin : il s'agit alors d'une destruction totale de l'objet du bail.

Cette précision, qui est évidente, mérite pourtant d'être relevée, car elle s'applique aux lois récentes qui ont prévu les destructions par faits de guerre, soit des locaux d'habitation ou à usage professionnel (loi du 1er septembre 1948, article 70), soit des locaux commerciaux (loi du 2 août 1949). Ces lois, qui ont eu recours à la subrogation réelle pour conserver les droits des preneurs sur les bâtiments reconstruits (24), ont bien prévu les destructions totales et partielles et distingué, du moins dans les termes, les « réparations » des « reconstructions ». Cette distinction ne doit pas abuser car elle concerne les bâtiments (improprement appelés « immeubles » par les textes précités) et non les *locaux loués*. Or, à l'égard du bail qui porte sur une parcelle de bâtiment, il importe peu de distinguer selon que celui-ci est seulement endommagé ou détruit. *C'est par rapport au local loué que la distinction est importante*. Et, à cet égard, les lois de 1948

(22 bis) V. Paris, 9 décembre 1890, D. 1891. 1. 368 ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 1341.

(23) V. *infra*, N°s 184, 188, 226.

(24) Cf. *infra*, N°s 653, 654.

et 1949 sont muettes. Nous verrons que la subrogation réelle qu'elles stipulent ne peut concerner, en réalité, que les reconstructions après destruction totale des lieux loués (*infra*, N° 654), ce qui souligne l'intérêt d'éviter toute confusion des deux sortes de fluctuation par une application correcte de la condition d'identité entre l'objet même du droit et celui de la destruction.

Pour présenter ainsi un grand intérêt, cette application n'en est pas moins aisée, car l'objet du droit résidant dans une forme matérielle individualisée et, par là, destructible, la concordance s'établit facilement entre cet objet et celui de la destruction. La condition d'identité se réalise plus difficilement lorsque l'objet du droit comprend la substance, c'est-à-dire une partie indestructible.

II. — CAS OU L'OBJET DU DROIT COMPREND LA SUBSTANCE DE LA CHOSE

175. — La substance comprise dans l'objet du droit est, naturellement, celle qui est contenue dans une forme matérielle quelconque. Elle est ainsi limitée avec précision et, par là, individualisée. Au delà de ces limites, elle ne se déterminerait plus que par son genre et se trouverait hors de notre propos, pour des raisons que nous avons déjà déterminées (*supra*, N° 165) et qu'il suffit de rappeler ici pour simple mémoire.

Mais, pour limitée et individualisée qu'elle soit, la substance n'en échappe pas moins aux possibilités de destruction matérielle. On peut l'aliéner, la mettre hors du commerce, non la détruire matériellement. Une table, une automobile, un bâtiment sont destructibles en tant que formes matérielles ; le bois, le métal, les matériaux et le sol qui constituent ces formes ne le sont pas (*supra*, N° 94). Aussi, après la destruction de celles-ci, subsistent-ils à l'état de vestiges de la chose. Et si un droit déterminé comprend ces vestiges dans son objet, l'application normale de la condition d'identité conduit à conclure que *la destruction matérielle ne peut alors jamais être qu'une destruction partielle.*

C'est cette règle qu'il convient de vérifier en droit positif. Sur ce terrain, sa force varie selon qu'elle s'applique en matière mobilière ou immobilière. Le droit aux vestiges, qui limite le jeu de la condition d'identité, prend, dans ce dernier cas, un aspect particulier en portant sur le sol.

A. — Le droit aux vestiges, en matière mobilière

176. — En cette matière, il semble qu'une distinction doive être établie entre le droit de propriété et les autres droits.

Le droit de propriété est le plus plein et le plus complet de tous. Non seulement il permet toutes les utilisations de la chose (*usus, fructus, abusus*), mais encore il porte matériellement sur toutes ses formes, y compris ses vestiges. Aucun doute n'est permis sur ce point (25). La substance est absorbée dans l'objet du droit de propriété à un tel degré qu'il faut même voir en elle le seul objet irréductible de ce droit. D'elle dépend, en dernière analyse, l'individualité de l'objet, ses différentes formes n'en représentant que des aspects permanents ou transitoires. Si un jour le propriétaire d'une table, par exemple, décide de transformer celle-ci en une bibliothèque, il *n'acquiert* pas la propriété de ce dernier objet, il en *demeure* propriétaire. C'est donc qu'en réalité son droit ne porte pas sur la table ou sur la bibliothèque en tant que telles, mais sur le bois dont elles sont successivement constituées. Et si, au lieu de subir une transformation voulue par son propriétaire, cette même table est accidentellement détruite dans sa forme, le même bois, qui en représente alors les vestiges, demeure l'objet permanent du droit de propriété. Dans ces conditions, toute destruction matérielle n'atteignant que les formes diverses de la substance ne peut jamais être qu'une destruction partielle de l'objet de la propriété.

Les autres droits mobiliers, au contraire, n'absorbent généralement pas d'une façon aussi complète toutes les formes possibles de la chose sur laquelle ils portent (26). Ainsi, l'usufruitier d'un troupeau qui a entièrement péri n'a aucun droit aux cuirs, qu'il droit rendre au propriétaire (article 616, al. 1er, du Code civil). Ainsi encore, le privilège du vendeur de meubles (article 2104 du Code civil) ne porte pas sur les vestiges de son objet. Il est, en effet, admis que l'objet de ce privilège disparaît dès lors que la transformation de la chose vendue rend celle-ci méconnaissable (27). Il faut, toutefois, se garder de généralisations absolues. La même règle ne saurait s'affirmer pour le gage, par exemple. Le créancier gagiste doit incontestablement rendre, indépendamment de toute question de responsabilité, au moment du paiement de la dette à l'échéance, les débris de la chose qui s'est trouvée détruite entre ses mains (28). Mais il semble bien aussi qu'il ait le droit de garder les vestiges de cette chose jusqu'à l'échéance, pour autant que ces vestiges conservent au gage quelque efficacité. La solution paraît comman-

(25) Cf. Colin et Capitant, I, N° 941 bis.
(26) *Ibid.*
(27) Planiol, II, N° 2614.
(28) Planiol et Ripert, XII, par E. Becqué, N^{os} 108 et 111, sol. impl. La restitution des vestiges s'impose puisque le droit de propriété du débiteur porte incontestablement sur eux.

dée par le principe de l'indivisibilité du gage, selon lequel chaque partie du gage répond de la totalité de la dette (29).

177. — En matière mobilière, le droit aux vestiges prolonge donc surtout le droit de propriété. Les autres droits appellent des solutions nuancées variant avec le droit considéré. Dans toute la mesure où il est admis, le droit aux vestiges impartit à la destruction matérielle une limite logique et ne laisse place qu'à une fluctuation partielle (*infra*, N°s 222 et suiv.). Encore faut-il remarquer que si les vestiges d'une chose mobilière sont indestructibles, ils peuvent se perdre de manière qu'on en ignore absolument l'existence, selon l'expression de l'article 1302 du Code civil. Si, rationnellement, la perte se différencie de la destruction, elle l'accompagne souvent en fait. De sorte que, bien souvent, la destruction partielle des meubles ne constitue pas moins une source possible de fluctuation totale, dans la mesure où les vestiges se seront perdus et, par application de la règle que la disparition totale de la chose entraîne, une fluctuation totale de l'objet du droit (*infra*, N°s 211 et suiv.).

Un tel tempérament détourné, apporté à la limitation que le droit aux vestiges impartit à la condition d'identité, n'existe même pas en matière immobilière. Dans ce domaine, il est un vestige beaucoup plus vivace pratiquement impérissable : c'est le sol. Le droit aux vestiges reçoit, de ce fait, un renforcement qui mérite une attention particulière.

B. — Le droit au sol, en matière immobilière

178. — Le sol ne fournit pas seulement le critérium de l'immobilisation des biens, par opposition aux meubles, selon la nature des choses (30). Il individualise aussi ces biens en tant qu'objets de droit. Dire qu'un droit porte sur tel immeuble signifie, avant tout, que ce droit porte sur tel *terrain*. La terminologie moderne tend, certes, à s'obscurcir sur ce point et à identifier l'immeuble et le *bâtiment*, en parlant par exemple « d'immeuble détruit » (31). Il s'agit là d'un glissement de sens qui ne doit pas faire oublier une réalité qui demeure : l'objet des droits réels immobiliers est, en principe, individualisé par le sol. Il s'ensuit une règle notable : *toute destruction matérielle affectant l'objet d'un droit réel immobilier n'est, en principe, qu'une destruction partielle* (32). Telle apparaît, en cette matière, la conséquence

(29) *Op. cit.*, N° 113.

(30) Cf. Ripert et Boulanger, I, N°s 2632 et suivants.

(31) Cf. Lois du 1er septembre 1948, art. 70, et du 2 août 1949 sur le report des baux en cas de dommage de guerre subis par « l'immeuble » loué, v. *supra*, N° 174.

(32) Celle-ci peut d'ailleurs, dans certains cas assez rares, se

de la condition d'identité d'objet entre la destruction et le droit.

La règle n'est sans doute pas absolue : nous avons déjà relevé l'exemple d'un usufruit immobilier ne portant que sur un bâtiment, donc sur un objet totalement destructible (article 624, al. 1er, du Code civil) (*supra*, N° 173). Mais sa généralité est très grande.

179. — Elle s'applique, naturellement, à la propriété immobilière avec autant d'énergie qu'à la propriété mobilière et sans le tempérament résultant ici d'une perte possible des vestiges (33). L'objet de la propriété immobilière est individualisé par le sol, limité seulement en surface par ses confins (généralement connus par le plan cadastral : loi du 17 mars 1898, article 8), et non en profondeur ni en hauteur (34). Un tel objet peut bien être endommagé, notamment par des démolitions de bâtiments ou des enlèvements de matériaux ; il ne peut être totalement détruit (34 bis).

La même règle est vraie pour l'usufruit immobilier, dès lors que celui-ci n'est pas limité à un bâtiment. L'usufruit porte alors sur le même sol, individualisé comme il l'est à l'égard de la propriété. L'article 624, al. 2, du Code civil stipule que lorsqu'il en est ainsi, la destruction du bâtiment n'empêche pas l'usufruitier de continuer à jouir du sol et des matériaux. Il faut voir là une application de la règle générale selon laquelle la destruction totale du bâtiment ne peut être que partielle à l'égard d'un droit qui porte sur le sol. En réalité, l'article 624, al. 2, rejoint logiquement l'article 623, relatif aux destructions partielles. Lorsqu'une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste.

180. — L'objet des sûretés réelles immobilières se détermine selon les mêmes principes. Certes, le départ n'est généralement pas établi entre le bâtiment et le sol (cf. article 2118 du Code civil). Et si la double spécialité requise, en matière hypothécaire dans la constitution d'hypothèque (article 2129 du Code civil) et dans l'inscription (article 2148, 5°, du Code civil), se conçoit par rapport au sol, puisqu'il est question de mention de la *situation* de l'immeuble et même de référence au cadastre (article 2148, 5°), les mêmes expressions sont aussi bien de mise à l'égard des seuls bâtiments. En réalité, une hypothèque peut très bien grever des

---

produire par enlèvement d'éléments du sol lui-même : roches, terre, sables, minerais, etc., cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2632.

(33) Comparer *supra*, N°s 176 et 177.

(34) Ripert et Boulanger, I, N°s 2925 et suivants.

(34 bis) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2845.

constructions sans frapper le sol (35). Mais on ne doit admettre cette restriction que si elle est précisée dans l'acte même de constitution. Faute de quoi, l'hypothèque grève normalement le sol et tous ses accessoires (article 2118, 1°, du Code civil). Dès lors, le bâtiment serait-il totalement détruit, que le créancier conserverait son hypothèque sur le sol qu'il pourrait saisir et mettre en adjudication. Il est clair que la suppression d'un tel droit ne peut résulter que de l'acte de constitution. La destruction du bâtiment n'est donc, en principe, qu'une destruction partielle de l'objet de l'hypothèque, alors même que celle-ci aurait perdu une grande partie de son utilité.

Il convient du reste, à cet égard, de noter le jeu de l'article 2131 du Code civil en matière d'hypothèque conventionnelle. Lorsque l'immeuble, objet d'une telle hypothèque, a été détruit ou dégradé au point de devenir insuffisant pour la sûreté du créancier, celui-ci peut, ou obtenir un supplément d'hypothèque, ou poursuivre le remboursement de sa créance avant l'échéance. Cette disposition n'est, certes, pas incompatible avec la destruction totale de l'objet de l'hypothèque. Il y a destruction totale lorsque l'hypothèque ne portait que sur la construction. Et le supplément d'hypothèque que le créancier peut obtenir, s'il le désire, n'est en réalité qu'une sûreté nouvelle (36). Mais, normalement, la destruction des constructions n'est qu'une destruction partielle de l'objet de l'hypothèque, ce qui n'empêche pas le créancier de jouir des facultés accordées par l'article 2131 du Code civil, qui s'applique aussi bien au cas de destruction partielle. Telle est même l'hypothèse normale. Et le « supplément » d'hypothèque dont parle l'article 2131 est plutôt alors un « complément ». Il s'agit bien, en effet, d'une sûreté complémentaire à l'hypothèque primitive qui subsiste sur le sol. Cette dernière ne s'éteint que si le créancier poursuit le remboursement. Alors, la cause d'extinction n'est plus la perte de l'*objet*, mais le remboursement de la créance, qui supprime la *source* même de l'hypothèque. La créance garantie disparaissant, l'hypothèque en fait autant par voie accessoire; et la subrogation réelle ne saurait alors la faire revivre (*infra*, N° 221). Cette extinction par le remboursement de la créance n'apporte donc pas d'exception à la règle selon laquelle la destruction du bâtiment n'est qu'une destruction partielle de l'objet d'une hypothèque qui grève aussi le sol (36 bis).

(35) Cf. Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 1341.

(36) Planiol et Ripert, *op. cit.*

(36 bis) Ce qui ne veut pas dire que la *fluctuation* de cet objet sera alors nécessairement partielle. Telle est évidemment la règle (*infra*, N° 222). Mais à cette règle là il existe des exceptions (*infra*, N°s 225 et suivants).

181. — L'article 2131 du Code civil attire l'attention sur deux remarques générales qui valent pour tous les droits dont l'objet comprend la substance de la chose.

1°) Il n'est pas correct de dire, avec certains auteurs, que ces droits se *transportent* sur les vestiges (37). Ils *subsistent* sur les vestiges sans que l'on doive déceler dans cette subsistance ni de près, ni de loin, un phénomène subrogatoire. Une occasion de la subrogation naît, certes, de la destruction partielle ; mais dans la mesure seulement de la partie détruite. Les vestiges représentent justement un élément d'objet qui ne disparaît pas : la substance. Aussi leur appréhension, par un droit les comprenant initialement, en puissance, dans son objet, échappe-t-elle à toutes les règles qui commandent le fonctionnement de la subrogation.

2°) Le fait que la substance représente ainsi l'élément individualisateur irréductible de l'objet au point que toute destruction, si poussée soit-elle, ne pouvant la supprimer, n'est que partielle, souligne le caractère matérialiste d'un tel objet. Car si on peut bien soutenir que ledit objet n'est que partiellement détruit dans sa matière, son utilité, elle, a, le plus souvent, totalement disparu. C'est bien, du reste, à cette réalité que l'article 2131 du Code civil entend apporter un remède en matière d'hypothèque conventionnelle. Or, une telle prépondérance de la matière dans l'individualisation de l'objet ne s'impose pas nécessairement à l'égard de tous les droits. Sur un plan général, il n'est pas possible d'ignorer, à côté de l'élément matériel de l'objet, un élément fonctionnel dont nous avons fait abstraction jusqu'ici, mais qu'il faut maintenant faire intervenir, le premier une fois précisé dans sa pureté. Il convient, en effet, de rechercher comment ces deux éléments se complètent ou s'opposent, et de déterminer sur lequel d'entre eux doit s'aligner éventuellement la condition d'identité.

2e POINT. — ASPECT FONCTIONNEL DE LA CONDITION D'IDENTITE

182. — Il convient de distinguer la nécessité de l'*existence* d'un objet matériel individualisé, et les éléments qui doivent être atteints pour que cet objet soit considéré comme ayant disparu.

Les hypothèses d'où peuvent naître les occasions de subrogation réelle supposent l'existence initiale comme objet de droit d'un bien matériel, corporel ou non (38). Si un droit

(37) Cf. Colin et Capitant, I, N° 941 bis.

(38) Rappelons qu'il convient d'entendre cette expression dans le sens très large que nous avons défini, *supra*, N° 168.

subjectif déterminé a pour seul objet une fonction, une prestation, indépendante de tout bien matériel, il ne peut être le siège d'aucune subrogation réelle. Celle-ci n'est concevable qu'à l'égard des droits qui, directement ou indirectement (39), portent sur une chose individualisée par sa matière. Telles sont les conditions relatives à l'objet du droit (40).

Un tel objet existant, la matière est un élément nécessaire par hypothèse, mais pas forcément unique. Il est, notamment, impossible de faire abstraction de l'utilité que présente une chose pour le titulaire du droit dont elle est l'objet. L'élément matériel de l'objet est donc toujours accompagné d'un élément fonctionnel plus ou moins important. Or, cet élément peut être atteint par un événement déterminé, en même temps que la matière de l'objet, soit même indépendamment. Il est concevable, et il arrive, parfois, que l'utilité d'une chose disparaisse sans que la matière de cette chose en fasse autant. Il importe donc de préciser le rôle que va jouer, dans la réalisation d'une fluctuation, la suppression de l'élément fonctionnel par rapport à la disparition de la matière.

Ce rôle ne concerne pas l'*objet* lui-même, dont l'existence matérielle initiale est toujours requise, mais les conditions auxquelles tel *événement* engendre une fluctuation de cet objet. A quel élément, matériel ou fonctionnel de l'objet du droit, doit s'appliquer la condition d'identité d'objet entre le droit et l'événement générateur de la fluctuation ?

Les deux éléments matériel et fonctionnel étant généralement complémentaires, disparaissent simultanément. Aussi, les deux aspects matériel et fonctionnel, de la condition d'identité sont-ils souvent solidaires. Mais il peut arriver qu'un événement quelconque atteigne inégalement la matière et la fonction de la chose, ou même n'affecte que l'une d'elles. Alors apparaît entre les deux aspects de la condition d'identité, un conflit dont il convient de rechercher la solution.

I — SOLIDARITE DES ASPECTS MATERIEL ET FONCTIONNEL

183. — Cette solidarité est logique. L'appréhension d'une chose par un droit quelconque ne relève pas d'une technique abstraite sans contact avec les réalités. Aussi, les droits ne sont-ils que des moyens dont disposent leurs titulaires pour retirer des choses les avantages que celles-ci sont susceptibles de procurer. C'est pourquoi les droits se définissent et se caractérisent surtout par leur contenu, c'est-à-dire par les

(39) Cf. *supra*, N° 85, note (192).
(40) Cf. *supra*, N°s 163 et suivants.

prérogatives reconnues à leurs titulaires. Les prérogatives du propriétaire, de l'usufruitier, du locataire, etc... sont les procédés divers d'exploiter les différentes utilités des choses. Or, ces utilités dépendent de la matière de ces choses. Aussi est-il normal que dans la détermination de l'objet matériel d'un droit les considérations de la matière et de l'utilité de la chose choisie soient intimement liées. C'est en raison des fonctions qu'une chose peut remplir, de par sa matière, qu'on établit sur elle différents droits par le moyen desquels elle est exploitée. Et c'est pour remplir telle fonction assignée par tel droit, que telle chose a été choisie dans sa forme matérielle. Le choix de la chose appropriée, louée, grevée d'usufruit ou d'hypothèque, etc... est déterminé en fonction des avantages que le propriétaire, le locataire, l'usufruitier, le créancier hypothécaire, etc... entendent en retirer. Les éléments matériel et fonctionnel de l'objet des droits se conditionnent mutuellement.

Il est donc naturel, *a priori*, que l'événement qui doit causer la fluctuation de cet objet en fasse disparaître à la fois la matière et la fonction. Et c'est sur ces deux éléments que doit s'apprécier la condition d'identité, dont les deux aspects matériel et fonctionnel sont aussi normalement solidaires, car ils recouvrent une seule et même réalité.

184. — Ces données logiques sont vérifiées par le droit positif.

Ainsi, en matière de bail, deux conditions sont imparties à la destruction de la chose louée, prévue par l'article 1722 du Code civil, pour faire disparaître l'objet du droit du preneur. Cette destruction doit : d'une part, porter sur la chose elle-même et non en réduire seulement l'utilité (41), et, d'autre part, rendre impossibles la jouissance ou l'usage auxquels la chose était destinée (42). Ces deux exigences ne sont, en réalité, que les deux aspects, matériel et fonctionnel, de la condition d'identité. L'aspect fonctionnel n'est pas présenté par les arrêts et par les auteurs comme allant à l'encontre de l'aspect matériel tel que nous l'avons précédemment analysé (*supra*, N^os^ 172 et suiv.), mais comme le corroborant. Tous deux sont tellement inhérents à la notion de perte de la chose qu'on a pu *définir* la destruction *matérielle* elle-même comme la « destruction entraînant pour le preneur une impossibilité de jouissance » (43).

---

(41) Req., 5 mars 1850, D. 1850. 1. 168 ; 21 janvier 1874, D. 1864. 1. 170.

(42) Voir Civ., 10 février 1925, S. 1925. 1. 169, pour une destruction par fait de guerre ; Req., 24 décembre 1935, D.H. 1936. 83, pour une destruction par vétusté.

(43) Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N° 639.

C'est par la même association intime des aspects matériel et fonctionnel que l'on définit aussi la destruction de la chose grevée d'usufruit, au sens des articles 623 et 624 du Code civil. Il faut, en effet, entendre par destruction « tout changement qui, survenu dans la forme constitutive de la chose, la rend absolument impropre à l'usage en vue duquel l'usufruit avait été établi » (44). Les deux aspects, là encore, s'étayent normalement l'un l'autre.

C'est du reste en raison de cette même symbiose naturelle que bien des droits réels mobiliers, comme nous l'avons signalé (*supra*, N° 176), ne portent pas sur les vestiges de la chose. La destruction de la forme matérielle qui faisait l'objet de tels droits s'accompagne, le plus souvent, d'une disparition de son utilité. Ne présentant plus d'intérêt, du fait même de sa destruction matérielle, la chose cesse d'être l'objet du droit. L'aspect matériel réagit normalement sur l'aspect fonctionnel et ce concours entraîne la perte de l'objet, donc sa fluctuation. Il est, en effet, très rare que la destruction totale d'un objet ne fasse pas disparaître son utilité. Mais l'inverse est beaucoup plus fréquent : tout en demeurant matériellement intacte, une chose peut devenir inutile. Un conflit apparaît alors entre l'aspect fonctionnel et l'aspect matériel de la destruction. C'est ce conflit qu'il convient d'examiner.

II. — CONFLIT ENTRE LES ASPECTS MATERIEL ET FONCTIONNEL

185. — Comme nous venons de le remarquer, ce conflit n'apparaît guère en cas de destruction totale de la chose. Cette destruction totale entraîne très généralement la perte de toute utilité. En vain objecterait-on que les vestiges sont quelquefois fort précieux et qu'il n'est pas sans intérêt de les appréhender. Tel est le cas, par exemple, des bijoux. Ce fait n'entraîne aucune dissociation entre l'aspect formel et l'aspect fonctionnel de la destruction. On ne peut parler, en effet, de destruction totale qu'à l'égard des droits qui ne portent pas sur la substance (*supra*, N° 175). Les titulaires de tels droits se voyant refuser l'appréhension des vestiges, n'en retirent non plus aucune utilité. Et si, au contraire, le droit porte sur les vestiges, son objet n'a, certes, perdu qu'une partie de son utilité, mais il n'est aussi que partiellement détruit sur le plan matériel (*supra*, N° 176).

La dissolution entre les aspects matériel et fonctionnel ressort en revanche nettement lorsque l'objet partiellement détruit conserve toute son utilité ou la perd totalement, ou,

(44) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 864.

mieux encore, lorsque cet objet, ne subissant dans sa matière aucune atteinte ni juridique, ni matérielle (45), perd seulement, du fait d'un événement quelconque, son utilité en tout ou en partie. Dans tous ces cas, la matière et la fonction de l'objet étant inégalement atteints, il convient de rechercher sur laquelle l'événement considéré doit porter pour que la fluctuation se produise à l'égard du droit en cause.

La réponse à cette question diffère, selon que le droit est réel ou personnel.

A. — Droits réels

186. — C'est la matière qui détermine essentiellement l'objet des droits réels (*supra,* N° 184). Aussi est-ce à elle que doit s'appliquer la condition d'identité. Pour échapper à l'emprise d'un droit réel, une chose doit être soustraite à ce droit dans sa matière et non seulement dans son utilité. Le droit de propriété, par exemple, ne cesse pas de porter sur une chose devenue inutilisable. Et les auteurs mêmes qui associent intimement les aspects matériel et fonctionnel pour définir la destruction de la chose grevée d'usufruit (*supra,* N° 184), s'empressent d'ajouter qu'un obstacle matériel à l'exercice de l'usufruit n'équivaut pas à la perte de la chose (46). Ainsi, en cas de dissociation entre les deux aspects matériel et fonctionnel de la destruction, c'est l'aspect matériel qui fournit le critérium commandant l'application de la condition d'identité.

Et c'est tout aussi naturellement, selon ce critérium matérialiste, qu'il convient d'apprécier le caractère total ou partiel de l'aliénation ou, plus souvent, de la destruction. Si une chose, objet d'un droit réel, est endommagée au point qu'elle soit devenue totalement inapte à assumer la fonction que lui assignait le droit, cette destruction, matériellement partielle et fonctionnellement totale, n'est qu'une destruction partielle de l'objet du droit réel. Celui-ci subsiste sur la partie restante tant que celle-ci conserve sa consistance matérielle. Peu importe la privation d'utilité subie alors par le titulaire du droit. Ce fait explique que les droits aux vestiges soient essentiellement des droits réels et qu'en étudiant à leur égard l'application de la condition d'identité, nous ayons pu n'envisager que l'aspect matériel de cette dernière sans avoir à tenir compte d'un aspect fonctionnel non pas absent, certes, mais indifférent pour déterminer le caractère de la destruction (*supra,* N°s 175 et suiv.). Toute destruction purement formelle de l'objet d'un droit réel portant sur la

(45) C'est-à-dire lorsqu'il n'est en lui-même ni aliéné, ni détruit matériellement ou juridiquement.

(46) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 864.

chose n'est qu'une destruction partielle, alors même que cet objet aurait perdu toute son utilité ou toute sa valeur (47). C'est la matière qui commande ici la condition d'identité, et nous ne pouvons que renvoyer à l'étude que nous en avons déjà faite en examinant son aspect matériel (*supra*, N^os^ 172 et suiv.).

Les droits réels tirent de ce matérialisme une stabilité qui les différencie des droits personnels.

B. — Droits personnels

187. — La règle est, ici, inverse et s'explique fort bien si on évite toute ambiguïté sur le mot « objet ». Sans prendre parti dans la controverse classique sur la nature de l'opposition entre droits réels et personnels (48), l'examen des règles positives révèle une indubitable différence. L'objet véritable du droit personnel est une prestation, donc une fonction, Or, les droits personnels ne sont intéressés par la subrogation réelle que dans la mesure où cette prestation s'accomplit par le moyen d'un bien matériel (*supra*, N° 167) déterminé. C'est ce bien que nous appelons couramment, dans la théorie de la subrogation, « l'objet » du droit, sauf à reconnaître qu'à l'égard des droits personnels il est « indirect « (*supra*, N° 85, note 192). Si l'on veut bien ne pas jouer sur les mots, on aperçoit aisément que l'unité du terme « objet » recouvre, ici, deux éléments distincts : la prestation, le bien matériel. Et ces deux éléments ont une importance inégale, selon que l'on envisage deux questions : celle de *l'existence* initiale d'un bien matériel, celle de sa *disparition*.

L'hypothèse même de la subrogation réelle suppose, nécessairement, l'existence d'un bien matériel comme objet indirect du droit personnel. A ce point de vue, le fait que ce bien ne soit appréhendé par le titulaire du droit que grâce à l'intermédiaire de la prestation personnelle du débiteur est indifférent. La matérialité est nécessaire si l'on envisage l'existence initiale du bien. La fonction remplie par ce bien est indifférente à cet égard.

Il en va autrement si l'on recherche à quelles conditions un événement déterminé peut faire disparaître ce bien en tant qu'objet indirect du droit personnel. La fonction assignée au bien par le droit personnel joue alors un rôle de premier plan. Ce rôle rappelle que si la matière du bien est

---

(47) Cela est vrai de la propriété (*supra*, N^os^ 176 et 179) ; de l'usufruit (v. art. 624 du Code civ. et *supra*, N° 179) ; de l'hypothèque où l'article 2131 du Code civ., en remédiant aux conséquences de ce fait, le confine du même coup (*supra*, N° 180).

(48) Cf. *infra*, N^os^ 496 et suivants.

l'objet indirect du droit, sa fonction en est l'objet direct. Alors que l'existence d'une matière individualisée est exigée par l'hypothèse de la subrogation réelle, la prestation, dont cette matière fournit le simple moyen, participe de la nature du droit personnel elle-même. Il s'ensuit que l'impossibilité de cette prestation devient le critérium qui indique quand l'appréhension du bien, considéré dans sa matière, doit cesser. La disparition de la fonction est donc, ici, toujours nécessaire. C'est ce qui apparaît lorsqu'elle accompagne l'atteinte matérielle, dont elle résulte ; son exigence s'ajoute alors à cette atteinte. Mais il se peut aussi que la fonction, *seule*, de la chose soit atteinte. Alors se pose non plus la question de sa nécessité, mais celle de sa suffisance.

188. — La simple *nécessité* de l'atteinte fonctionnelle apparaît lorsque la perte d'utilité est la conséquence d'une atteinte matérielle. C'est le cas le plus fréquent. Considérées comme objets de droits personnels, les choses matérielles ne sont que des moyens de prestations. Encore faut-il remarquer que, le plus souvent, quand ces choses sont atteintes dans leur matière la prestation qui les visait s'en trouve modifiée, voire empêchée. Mais il ne s'agit pas, ici, de constater seulement un fait courant (*supra*, N^os^ 183 et 184). La disparition de l'utilité n'est pas la conséquence simplement habituelle de l'atteinte matérielle, comme cela se passe à propos des droits réels (*supra*, N° 186) ; elle *conditionne* la disparition de l'objet même du droit de créance. Pour engendrer une fluctuation de cet objet, un événement donné doit donc non seulement porter sur *la chose même* appréhendée par le droit ; il doit, en outre, supprimer *la fonction même* que le droit assignait à cette chose.

La distinction entre la matière et la fonction de la chose, comme point d'application de la condition d'identité, n'apparaît guère, il est vrai, à l'égard des créances qui visent à la simple livraison de cette chose. Lorsque la prestation du débiteur se ramène à une remise (par exemple à une restitution), la fonction qu'elle représente est réduite au point de ne revêtir pratiquement aucune autonomie par rapport à la matière de la chose. En ce cas, l'action personnelle double l'action réelle. Et s'il est certain que chacune des deux actions a son comportement technique propre, il est non moins évident que le résultat final auquel toutes deux tendent est le même : la livraison de la chose. Cette livraison, même si elle s'obtient par le moyen d'une action personnelle, concerne directement et uniquement la matière de la chose et n'implique aucune utilisation distincte. Aussi, la fluctuation de l'objet du droit personnel s'opère-t-elle alors aux mêmes conditions que celles qui concernent l'objet des droits réels : c'est à la matière de la chose que doit s'appliquer la condi-

tion d'identité, et c'est par rapport à cette même matière qu'il convient d'apprécier le caractère total ou partiel de l'aliénation ou de la destruction (*supra*, N° 186).

Cette similitude entre les droits réels et les créances de livraison vient du fait qu'aucune autre utilité que la remise de la chose n'est prise en considération et que la fonction impliquée par cette seule remise est pratiquement inexistante. Seule la matière de la chose identifie alors l'objet des deux catégories de droits. Mais cette raison est purement fortuite et limitée aux créances de livraison. Dès que la fonction assignée par le droit personnel à une chose résulte d'une utilisation particulière, distincte de la matière de cette chose, son importance comme objet du droit de créance apparaît clairement. C'est alors elle qui doit se trouver atteinte pour qu'un événement déterminé entraîne une fluctuation de l'objet du droit personnel. Le droit du preneur à bail fournit, ici encore, un exemple illustrant le jeu de la condition d'identité. Nous avons déjà remarqué que la destruction matérielle de la chose louée au sens de l'article 1722 du Code civil est celle qui, atteignant la chose dans sa matière, la rend impropre à l'usage en vue duquel le bail a été conclu (*supra*, N° 184, texte, et notes 41 et 42). Il ne s'agit pas, ici, de la constatation d'une concordance habituelle entre les deux aspects de la destruction. L'impossibilité de jouissance constitue la condition même de la destruction (49). Et la règle affirmée pour la destruction matérielle l'est également pour la destruction juridique : l'acte qui opère destruction juridique de la chose louée doit non seulement viser cette chose même, mais encore interdire le mode de jouissance précisément prévu au bail (50). C'est cette impossibilité matérielle ou juridique de jouissance qui enlève au bail son objet, alors qu'elle laisse subsister celui de l'usufruit (51). Il est donc normal qu'elle soit nécessaire pour entraîner la fluctuation.

189. — En bonne logique, elle doit même être *suffisante*. Le droit de créance ne s'appliquant à une chose matérielle que dans la mesure où celle-ci est l'objet d'une prestation du débiteur, il est normal que la seule impossibilité de cette prestation entraîne l'abandon de la chose matérielle par le

---

(49) Civ., 22 novembre 1922, D. 1925. 1. 213 ; Req., 24 décembre 1935, D.H. 1936. 83.

(50) Guillouard, *Traité du louage*, 3e édit., I, N° 392 ; Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N° 639. Par exemple, un arrêté municipal interdit un bal en vue duquel une salle a été louée ; la commission des logements insalubres interdit l'habitation d'un local loué à cette fin. V. Paris, 23 juin 1885, S. 1887. 2. 123 ; Civ., 31 mai 1929, D.H. 1929. 381.

(51) Cf. *supra*, N° 186, texte et note (46).

droit. Il suffit donc qu'un événement donné supprime cet élément fonctionnel pour que la fluctuation, *même matérielle* de l'objet du droit personnel, soit réalisée.

Les règles qui régissent la destruction de la chose louée confirment, de façon singulièrement significative, les données logiques, dans l'hypothèse où la chose, *matériellement intacte,* devient seulement impropre à l'usage locatif. C'est ainsi qu'une destruction de la chose louée, au sens de l'article 1722, résulte de modifications *matériellement étrangères à la chose* et rendant celle-ci simplement inaccessible ou inutile. Tels sont des travaux d'exhaussement d'un chemin, d'approfondissement de cours d'eau, de barrages, interdisant l'accès des lieux loués ; ou, encore, la diminution de force hydraulique rendant impossible l'exploitation industrielle en vue de laquelle un immeuble a été donné à bail (52).

Et le corollaire de la condition d'identité (53) ainsi appliqué à l'élément fonctionnel de l'objet se vérifie avec une égale netteté. C'est par rapport à l'utilité de la chose et non par rapport à sa consistance matérielle qu'il convient d'apprécier si la destruction prévue par l'article 1722 du Code civil est totale ou partielle. La jurisprudence, avec beaucoup de cohérence considère : d'une part, qu'il y a perte totale, bien que la chose louée n'ait pas été détruite dans son entier, si ce qui en subsiste ne peut plus suffire pour assurer la destination prévue par le contrat (54), et, d'autre part, qu'il y a perte partielle si le preneur ne peut plus jouir complètement de la chose louée, celle-ci n'eût-elle subi aucune altération de sa substance (55). Ces conclusions sont exactement inverses de celles auxquelles on aboutit à l'égard des droits réels (*supra,* N° 186).

Dans tous ces cas, où la fonction de la chose est seule touchée, c'est l'appréhension matérielle de cette chose par le droit personnel qui cesse. La perte de fonction entraîne donc bien, à elle seule, une fluctuation *matérielle.* Ainsi, l'existence initiale d'un bien matériel et la cessation de son appréhension en tant que tel sont des données très générales qui s'appliquent aux droits personnels comme aux droits réels. Mais il n'est pas nécessaire, à l'égard des droits personnels, que l'élément matériel de la chose soit atteint pour que la fluctuation matérielle se produise. Il faut et il suffit que la fonction de la chose ait disparu. C'est à elle que s'ap-

(52) V. sur tous ces points, Planiol et Ripert, *op. cit.,* N° 639, et Req., 13 novembre 1871, D. 1872. 1. 175, S. 1871. 1. 233.

(53) Cf. *supra,* N° 170.

(54) V. jurisprudence citée dans Planiol et Ripert, *op. cit.,* N° 639, note 3, et Guillouard, *op. cit.,* Baudry-Lacontinerie et Wahl, *Du louage,* 3e édit., I, N° 527.

(55) Nancy, 22 juin 1916, S. 1916. 2. 60.

plique la condition d'identité puisque la perte de la fonction empêche le droit de continuer à porter sur la chose.

Il convient toutefois de remarquer que ce résultat, en quoi réside toute la fluctuation matérielle, n'est pas dû à la seule condition d'identité. Il résulte aussi de la nature de l'événement choisi comme exemple : la destruction. Par lui-même, cet événement empêche le droit de porter sur la chose détruite (*supra*, N^os^ 95, c), et 98, c), de sorte que cette impossibilité n'apparaît pas, dans cette hypothèse, comme une condition particulière supplémentaire, car elle est satisfaite *a priori*. Mais il n'en va pas de même d'autres événements qui peuvent produire la fluctuation et notamment de l'aliénation. Eux aussi doivent, naturellement, s'appliquer à l'objet même du droit, dans les conditions que nous venons de déterminer. Mais la fluctuation n'est pas pour autant réalisée, car ces événements n'opposent pas, par eux-mêmes, un obstacle définitif à l'appréhension de la chose par le droit. La naissance de cet obstacle apparaît alors comme une condition supplémentaire de la fluctuation. Il nous faut l'étudier.

§ 2. — Impossibilité pour le droit de continuer à porter sur son objet

190. — Cette condition contient la réalisation même de la fluctuation, dont elle représente le terme final. Aussi est-elle absolument générale et s'applique-t-elle à tous les événements, quels qu'ils soient. Mais elle ne s'accomplit et ne se révèle pas, pour autant, de façon identique selon l'événement envisagé. Il convient de distinguer, à cet égard, selon que la fluctuation résulte d'un événement matériel ou d'une aliénation.

1^er^ POINT. — FLUCTUATION RESULTANT D'UN EVENEMENT MATERIEL

191. — L'existence ou l'absence de fluctuation se constate alors aisément, sans soulever aucun problème particulier.

Si l'objet est perdu ou détruit, il ne peut plus, par hypothèse même, être appréhendé par le droit. La nature de la destruction, telle que nous l'avons analysée (*ibid.*), réalise automatiquement la fluctuation. Selon que la destruction est matérielle ou juridique (56), l'obstacle qu'elle oppose

(56) La destruction juridique peut naturellement résulter d'un événement matériel. Cf. *supra*, N° 97, b).

à l'appréhension de la chose par le droit est lui-même matériel ou juridique. Le résultat n'en est pas moins identique : la chose ne peut plus faire l'objet du droit et la fluctuation est réalisée.

A l'opposé de la destruction, le déplacement de la chose fournit l'exemple d'un événement matériel n'entraînant pas de fluctuation. Il faut, naturellement, supposer qu'il affecte l'objet même du droit, selon une application correcte de la condition d'identité telle que nous l'avons précisée (*supra*, N^os^ 170 et suiv.). Mais cette condition ne suffit pas, parce que, par sa nature, le déplacement n'altère pas l'individualité du meuble déplacé. L'objet déplacé n'a donc pas disparu, et le droit considéré continue à porter sur lui. Ce phénomène mérite d'être relevé à l'égard des droits qui portent sur un fonds de commerce, notamment le privilège du vendeur et le nantissement. Un commerçant peut avoir intérêt à changer de local. Il y est même contraint, s'il n'obtient pas le renouvellement du bail. Il est, certes, délicat de déterminer si un tel déplacement affecte l'individualité du fonds, dont la clientèle peut se trouver changée. En tout cas, cette individualité n'est pas altérée à l'égard du nantissement ou du privilège du vendeur, dont le fonds peut être grevé. Leur objet ne subit aucune fluctuation du fait du déplacement (57). L'article 13 de la loi du 17 mars 1909 ménage seulement, dans cette hypothèse, les droits des créanciers inscrits. en imposant au débiteur de leur demander leur consentement quinze jours au moins avant le déplacement sous peine de déchéance du terme. Les créanciers, de leur côté, doivent, sous leur responsabilité éventuelle à l'égard des tiers, faire mentionner en marge de leur inscription le nouveau siège du fonds (58). Ces prescriptions, imposées par la loi, n'impliquent, ni par leur exécution, ni par leur sanction, aucune fluctuation dans l'objet du privilège ou du nantissement. La fluctuation est réalisée par la mise en vente, non par le déplacement du fonds. Ce déplacement remplit bien, à l'égard du nantissement et du privilège, la condition d'identité d'objet. Mais, par sa nature, il n'est pas à même d'entraîner la fluctuation, car la dernière condition de celle-ci fait défaut.

Dans tous ces cas de destruction ou de déplacement matériels, l'appréciation de l'existence ou de l'absence d'une fluctuation dépend seulement de la nature de l'événement, envisagée par rapport à l'individualité de l'objet atteint. Aucune règle juridique particulière ne s'intercale entre l'évé-

---

(57) V. Escarra, *Principes de droit commercial*, T. I, N° 288 ; *Adde*, Colmar, 28 mars 1947, *Gaz. Pal.*, 1947, 2123.

(58) V. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, N° 555.

nement et l'objet pour conditionner à elle seule la fluctuation. En cela, les fluctuations consécutives à un événement matériel s'opposent à celles qui résultent d'une aliénation.

2e POINT. — FLUCTUATION RESULTANT D'UNE ALIENATION

192. — Pour qu'une aliénation réalise une fluctuation de l'objet du droit sur lequel elle porte, il ne suffit pas qu'elle soit valable. Si le titulaire du droit conserve un droit de suite sur l'objet aliéné, il lui est possible de continuer à exercer normalement son droit sur cet objet et, par là, d'ignorer l'aliénation.

Pour que la fluctuation se réalise, il est donc nécessaire que l'aliénation, supposée *valable,* soit, de plus, *opposable* au titulaire du droit. L'existence éventuelle d'un droit de suite surgit ainsi pour opposer un nouvel obstacle à la réalisation de la fluctuation. *La validité de l'aliénation et l'absence de droit de suite du titulaire du droit se présentent donc comme deux conditions successives de la fluctuation.*

Vu sous son angle opposé, le problème révèle plus encore les entraves résultant du droit de suite. Celui-ci, en effet, n'existe pas seulement dans certains cas, *malgré* une aliénation valable. Il est aussi la conséquence normale, sur le plan réel, de la dissolution et principalement de la nullité de l'aliénation. La dissolution devant normalement aboutir à une suppression des conséquences de l'aliénation entraîne en principe la restitution du bien au titulaire du droit. Cette restitution représente alors un aspect du droit de suite (*infra,* N[os] 104 et suiv.). Il existe ainsi une concordance de principe entre le plan réel et celui de la validité de l'acte. Mais cette concordance se trouve rompue si, sur le plan réel, l'exercice du droit de suite se trouve empêché (par exemple parce que l'acquéreur peut opposer au titulaire du droit de suite l'usucapion ou sa mise en possession de bonne foi, conformément à l'article 2279 du Code civil). L'aliénation, quoique nulle, est alors consolidée et la fluctuation réalisée. De sorte que l'absence de droit de suite apparaît, du moins en ce cas, non seulement comme nécessaire, mais encore comme suffisante pour que la fluctuation se réalise.

Le droit de suite circonscrit ainsi le domaine de la subrogation réelle. Il nous faut donc en esquisser les limites. Mais, pour déterminer celles-ci, on ne peut faire abstraction des connexions établies entre les questions de validité de l'aliénation et celle de son opposabilité au titulaire du droit portant sur l'objet aliéné. A cet égard, il est possible, pour

dégager avec quelque clarté les règles qui viennent les premières heurter le domaine de la subrogation réelle, de distinguer les cas où l'existence du droit de suite se détermine directement sur le plan réel sans qu'une question de validité de l'aliénation se pose auparavant et ceux où l'existence du droit de suite dépend, au contraire, de la dissolution et, principalement, de la nullité de l'aliénation, ce qui suppose une discussion préalable des questions de validité (59).

I. — CAS OU LA DETERMINATION DU DROIT DE SUITE NE SOULEVE PAS LA DISCUSSION PREALABLE DE LA VALIDITE DE L'ALIENATION

193. — Ces cas comprennent d'abord ceux où le droit, dont l'objet est aliéné, est un droit réel autre que la propriété. La validité de l'aliénation conclue par le propriétaire peut être en elle-même indiscutée. Mais, dans la mesure où cette aliénation porte sur l'objet des droits réels qui grèvent le bien, elle est inopposable aux titulaires de tels droits, à la condition, naturellement, que ceux-ci aient opéré leur publicité en temps utile. Les créanciers hypothécaires, les usufruitiers, etc... conservent alors leur droit de suite à l'encontre de l'acquéreur, *malgré* la validité de l'aliénation. L'objet de leur droit n'a donc pas subi de fluctuation, la dernière condition de celle-ci n'étant pas satisfaite. Des droits réels il faut, à cet égard, rapprocher celui du preneur à bail dont la date est certaine et qui s'oppose à l'acquéreur de l'immeuble, conformément à l'article 1743 du Code civil (60). Là encore, l'aliénation valable conclue par le propriétaire de l'immeuble n'engendre pas de fluctuation dans l'objet du droit du preneur.

A ces différents droits, il faut ajouter celui du propriétaire revendiquant contre l'acquéreur de la chose, *a non domino*. Certes, on peut, ici, parler de nullité de l'aliénation de la chose d'autrui. Seulement, comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, N° 125 bis), cette nullité, telle que la comprend la jurisprudence, ne *commande* pas le droit de suite ; elle en dépend, au contraire. Le motif donné par les arrêts à la nullité stipulée par l'article 1599 du Code civil est la protection de l'acheteur : « *toutes les fois que la vente ne peut pas lui faire acquérir la propriété de la chose*, l'acheteur est autorisé à se protéger contre cette vente en en de-

(59) Pour ne pas compliquer notre étude à l'extrême, nous supposons que l'aliénation, génératrice de fluctuation, porte sur la propriété du bien.

(60) Modifié par l'ordonnance du 17 octobre 1945 et la loi du 13 avril 1946.

mandant la nullité contre son vendeur » (61). La cause de la nullité se situe donc sur le plan réel. C'est dans la mesure où l'acquéreur n'est pas devenu propriétaire, par conséquent dans la mesure où le véritable propriétaire a conservé son droit de suite, que la nullité peut être invoquée et seulement par l'acquéreur à l'encontre de son vendeur (62). La menace d'un droit de suite est donc la condition *préalable* de la nullité. A tel point que si l'acquéreur ne risque aucune éviction parce que sur le plan *réel* le droit de suite du véritable propriétaire se trouve éteint (parce que l'acquéreur est précisément devenu propriétaire en vertu d'un autre titre que celui tiré de l'aliénation, par exemple, par ce qu'il a usucapé, ou parce qu'il bénéficie de l'article 2279 du Code civil, la nullité de la vente ne peut être demandée (63). Ainsi, la revendication du propriétaire contre l'acquéreur *a non domino*, n'est pas, à proprement parler, un droit de suite survivant à une aliénation valable. L'aliénation est, certes, nulle. Mais cette nullité n'est que la *conséquence* du droit de suite et elle n'intéresse pas le propriétaire revendiquant. Celui-ci n'a pas à demander la nullité de l'aliénation ; il en ignore seulement l'effet translatif, ce qui lui suffit. Le droit de suite s'établit donc sur le plan réel en vertu de la règle « *Nemo plus juris ad alium transferre postest, quam ipse habet* ». Et c'est lui qui, ainsi déterminé, fait obstacle à la fluctuation de l'objet du droit de propriété, et par conséquent circonscrit le domaine de la subrogation réelle dans ce droit, avant même de soulever la question de la nullité de l'aliénation.

Dans ces deux groupes d'hypothèses, le droit de suite se déterminant sans qu'on ait à discuter l'aliénation elle-même, que celle-ci soit valable, comme dans le premier groupe de cas, ou nulle, comme dans le second, il importe surtout, pour délimiter le domaine de la subrogation réelle, de rechercher quand et comment le droit de suite disparaît. A cet égard, les différents droits, dont nous venons de préciser le nombre et les conditions d'exercice, se comportent différemment, selon qu'ils portent sur des meubles ou des immeubles.

A. — Perte du droit de suite en matière mobilière

194. — Elle résulte du jeu de l'article 2279 du Code civil qui s'oppose à l'exercice de toute action réelle particulière aussi bien qu'à celui de la revendication. Dans tous ces cas,

---

(61) Cf. Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N° 45.

(62) *Op. cit.*, N° 48, et Req., 15 janvier 1934, S. 1934. 1. 188, D.H. 1934. 97.

(63) *Op. cit.*, N°s 46, 30 et 50.

il s'agit, par hypothèse (64), d'un acquéreur *a non domino*, qui excipe de sa mise en possession de bonne foi soit à l'encontre du véritable propriétaire, soit à l'encontre d'un titulaire de droit réel quelconque.

Certes, dans ce dernier cas, l'acquéreur peut tenir son droit du véritable propriétaire (*supra*, N° 193). Seulement, toujours par hypothèse, celui-ci avait démembré sa propriété, de sorte qu'il n'était plus titulaire du droit réel démembré. A l'égard de ce droit, l'acquéreur a donc bien acquis d'un non-titulaire : par exemple, il a acquis la pleine propriété d'un nu propriétaire. A concurrence de l'usufruit, il est acquéreur d'un non-titulaire. L'article 2279 le protège normalement contre l'action confessoire de l'usufruitier.

L'hypothèse que nous envisageons correspond donc à celle où l'article 2279 du Code civil protège l'acquéreur *a non domino*, en jouant de droit commun au profit de ce dernier comme règle de fond (65). Nous ne pouvons retracer, ici, ce droit commun. Il nous suffit d'y renvoyer, en soulignant seulement les fléchissements qu'il recèle et qui restreignent les occasions de subrogation réelle. Ces fléchissements sont notables, soit que le meuble considéré échappe par sa nature incorporelle au champ d'application de l'article 2279 (66), soit qu'il s'agisse d'un acquéreur de mauvaise foi (67), soit, enfin, que le titulaire initial du droit ait été dessaisi involontairement de la chose, auquel cas le droit de suite peut s'exercer contre un tiers acquéreur possesseur de bonne foi durant trois ans à compter de la dépossession (article 2279, al. 2, du Code civil).

Sur ce dernier point, le Code civil ne prévoit la dépossession que par perte ou par vol. Mais il n'est pas sans intérêt de relever les extensions récentes à d'autres dépossessions involontaires résultant de la guerre. Ainsi, l'article 10 de

(64) V. *supra*, N° 193.

(65) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N°s 380 et suivants. Ripert et Boulanger, I, N° 3047.

(66) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N°s 370 et suivants ; Ripert et Boulanger, I, N° 3386 ; Colin et Capitant, I, N° 897.

(67) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 381, Ripert et Boulanger, I, N° 3412. Ces auteurs font remarquer que les vices de clandestinité ou d'équivoque de la possession ne soulèvent pas de problème indépendant, l'équivoque posant la question de savoir s'il y a possession véritable et la clandestinité s'il y a bonne foi. Contre un acquéreur de mauvaise foi, la revendication est possible (Planiol et Ripert, *op. cit.*, N°s 384 et 392 ; Ripert et Boulanger, I, N° 3414) durant 30 ans (Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 689 ; Ripert et Boulanger, I, N° 3414). Les uns (Ripert et Boulanger, *op. cit.*,) voient dans ce délai une prescription extinctive, les autres (M. Picard, Planiol et Ripert, *op. cit.*) une usucapion, sauf à reconnaître que son point de départ est invariablement la dépossession du propriétaire et non la mise en possession de l'usucapant, ce qui apparente cette usucapion à une prescription extinctive !

l'ordonnance du 21 avril 1945 a appliqué l'article 2279, al. 2, du Code civil aux actes de spoliation accomplis par l'ennemi ou sous son contrôle. Toutefois, le délai de revendication est alors d'un an à compter de la date légale de cessation des hostilités (68). Il n'est pas tenu compte, en ce cas, de la bonne foi de l'acquéreur, toujours considéré, à l'égard du propriétaire spolié, comme de mauvaise foi en vertu de l'article 4, al. 1er, de l'ordonnance. C'est sans doute pourquoi le tempérament apporté par l'article 2280 du Code civil imposant au propriétaire revendiquant de rembourser l'acquéreur ayant acheté le meuble dans une foire, dans un marché, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, est écarté en cette matière. Une deuxième extension, plus générale, résulte de la tendance jurisprudentielle à assimiler, à la perte ou au vol, les saisies et réquisitions imposées au propriétaire par l'ennemi occupant le territoire en temps de guerre. Cette tendance, apparue à propos de la guerre de 1914-1918 (69), s'est affirmée à l'occasion de celle de 1939-1945 (70). Elle n'est, toutefois, pas unanime (71). Dans la mesure où elle se manifeste, elle fait, en tous cas, reculer le domaine de la subrogation réelle jusqu'à l'expiration du délai de trois ans. Il ne faut pas voir, en effet, dans cette expiration une cause d'extinction du droit, telle que la survivance de celui-ci par subrogation réelle soit impossible (72).

Malgré ces fléchissements, d'une portée limitée, l'article 2279 du Code civil paralyse donc énergiquement le droit de suite des titulaires du droit réel et constitue ainsi un facteur puissant de fluctuation de l'objet desdits droits. Envisagé du reste sur le plan réel, l'article 2279 représente une source autonome de fluctuation (*supra*, N° 92). Mais, dans la très grande majorité des hypothèses, il greffe son effet sur celui d'une aliénation qu'il renforce. C'est pourquoi il peut paraître plus normal de l'étudier à ce propos. La même remarque vaut pour l'usucapion, moins énergique, qui, souvent évincée pour cette raison en matière mobilière par la simple mise en possession de bonne foi, joue un rôle primordial en matière immobilière.

---

(68) Ce délai fut prorogé jusqu'au 1er décembre 1947 par la loi du 13 août 1947, art. 28, al. 2.

(69) V. Trib. civ. Seine, 12 décembre 1923, D.H. 1924. 155.

(70) Dijon, 2 décembre 1942 et 21 janvier 1943, J.C.P. 1943, II, 2202 ; Amiens, 9 décembre 1942, D. 1944. J. 3 ; Rouen, 24 février 1943, S. 1944. 2. 37 ; Poitiers, 9 mai 1944, D. 1944. J. 101 ; Montpellier, 19 janvier 1949, J.C.P. 1949, II, 4806, note M. Dijol.

(71) Voir dans le sens contraire des arrêts précités : Besançon, 12 mai 1949, J.C.P. 1949, II, 5. 133, note H. B.

(72) *Infra*, N° 221 *in fine*.

B. — Perte du droit de suite en matière immobilière

195. — A cet égard, une distinction s'impose entre la revendication et les autres actions réelles. Le droit de suite des titulaires de droits réels autres que la propriété, qui sont supposés tenir leur droit du même auteur que l'acquéreur (*supra,* N° 193), dépend de la date à laquelle ces droits ont été publiés (73). Le droit de suite du propriétaire renvendiquant contre un acquéreur *a non domino,* au contraire, suppose des conflits qui ne sont pas tranchés par la publicité (74). Il s'ensuit que le défaut de publicité en temps utile constitue, dans les hypothèses que nous envisageons, une cause d'extinction du droit de suite propre aux droits réels autres que la propriété. Il y a là, en réalité, deux situations différentes qu'il convient d'examiner séparément.

1°) *Extinction du droit de suite du propriétaire revendiquant.*

196. — Il s'agit, par hypothèse, de la revendication dirigée contre un acquéreur *a non domino* (*supra,* N° 193), et par conséquent indifférente à la publicité que cet acquéreur a pu donner à son titre. Cette revendication échappe à toute prescription extinctive, la propriété immobilière, selon la solution admise, ne s'éteignant pas par le non-usage (75). Mais certains événements peuvent s'opposer à l'exercice de cette revendication, sans pour autant que le droit de propriété soit perdu, du moins de façon telle qu'il ne puisse survivre par subrogation réelle. On doit alors considérer qu'il est éteint par rapport à l'objet aliéné, mais non en lui-même (76). En un tel cas, le droit de suite seul est éteint et cette extinction, loin d'interdire par elle-même la subrogation réelle, en fournit au contraire l'occasion, l'effet translatif de l'aliénation se trouvant confirmé. Ce sont ces événements entraînant l'extinction du droit de suite dont il nous faut donner un aperçu.

197. — La cause d'extinction la plus courante se trouve dans l'*usucapion* accomplie au profit de l'acquéreur. Appliquée à l'hypothèse que nous envisageons d'un acquéreur *a non domino,* la prescription acquisitive relève du droit commun. Sa mission est précisément de protéger, au bout d'un certain temps, les acquéreurs *a non domino* contre le véritable propriétaire (77). Nous ne pouvons, ici, que ren-

(73) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3288.
(74) *Op. cit.,* N° 3289.
(75) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2850.
(76) Cf. *infra,* N° 220.
(77) V. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N°s 688 et 700.

voyer à ce droit commun, rappelant simplement au passage la concurrence que les imprescriptibilités opposent à la subrogation réelle (*supra*, N^os^ 101 et 115). Les imprescriptibilités, du reste, en assurant la survie du droit de suite du véritable propriétaire, garantissent l'inaliénabilité (*supra*, N^os^ 101 et 130), qui se révèle très souvent plus vivace qu'elles (78). D'autre part, la plupart des imprescriptibilités visant des immeubles hors du commerce (79), sur lesquels aucun droit privé susceptible de se conserver par subrogation réelle ne peut par conséquent exister, sont, par là même, généralement indifférentes à cette dernière (*supra*, N° 116).

L'usucapion acquise à l'acquéreur, le droit du véritable propriétaire est éteint, du moins sur le bien prescrit. La question de la survie par subrogation réelle peut alors se poser.

Outre cette cause générale de paralysie du droit de suite, il en existe d'autres plus spéciales, mais non moins susceptibles d'engendrer des occasions de subrogation réelle.

198. — Les aliénations consenties par un *propriétaire apparent* en fournissent un important exemple. Le droit de suite du véritable propriétaire à l'encontre des tiers acquéreurs doit, certes, être admis, en principe, par application de la règle logique « *nemo plus juris...* », qui vaut contre tous les acquéreurs *a non domino* (80). Mais la considération des caractères particuliers de l'erreur commise par les tiers trompés par l'apparence de la propriété chez leur aliénateur, a conduit dans certains cas la loi et la jurisprudence à mettre ces tiers à l'abri de la revendication du véritable propriétaire. On parle alors de validation des aliénations consenties par le propriétaire apparent (81). Cette validation est certaine. Mais elle n'est que la conséquence, dans les rapports entre l'acquéreur et le propriétaire apparent, son vendeur, du refus au propriétaire véritable de tout droit de suite contre le tiers acquéreur de bonne foi (82).

(78) Par exemple, à l'égard des biens dotaux qui deviennent prescriptibles après la séparation de biens, alors qu'ils demeurent inaliénables (*supra*, N° 133), à l'égard des biens grevés de substitutions permises qui sont inaliénables mais prescriptibles (Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 691.

(79) Planiol et Ripert, III, N° 691.

(80) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 244.

(81) Cf. *op. cit.*, N° 246, Ripert et Boulanger, III, N° 2311.

(82) Il en est ainsi naturellement parce que, dans le système jurisprudentiel, la nullité de la vente de la chose d'autrui n'intervient que dans les rapports entre l'acquéreur et son vendeur et dans la mesure seulement où l'acquéreur est menacé d'une éviction par le véritable propriétaire. Celui-ci n'a pas à invoquer la nullité qu'il appartient au seul acquéreur menacé de mettre en œuvre (*supra*, N° 193). Par conséquent, et à l'inverse, la validation de la vente n'intéresse que les mêmes rapports de l'acquéreur et de son vendeur ; elle n'est elle-même que la conséquence du refus du droit de suite au véritable propriétaire.

L'application la plus notable (83) de ces idées réside dans la protection accordée par une jurisprudence séculaire et constante (84), à l'acquéreur de bonne foi d'un héritier apparent, contre la revendication de l'héritier véritable triomphant sur la *pétition d'hérédité*. Après avoir tenté de justifier cette solution par plusieurs explications (85), la jurisprudence a fini par ne plus invoquer que des motifs pratiques et la nécessité de protéger l'acquéreur de bonne foi contre le défaut de droit de son vendeur (86). Mais la bonne foi est, ici, insuffisante en elle-même. Elle doit résulter de l'erreur commune et invincible qui régnait sur le défaut de droit du vendeur au moment de l'aliénation.

L'acquéreur doit non seulement s'être effectivement trompé, mais encore n'avoir pu faire autrement que de se tromper, car quiconque à sa place aurait commis la même erreur. C'est cette erreur commune qui fonde donc le droit de l'acquéreur : *error communis facit jus*. C'est sur le terrain probatoire que cette erreur commune apparaît bien comme une condition supplémentaire distincte de la bonne foi : alors que la bonne foi est, ici comme ailleurs, présumée (article 2268 du Code civil), l'erreur commune doit être prouvée par le tiers défenseur qui l'invoque à son profit (87).

Les raisons qui inspirent ainsi la jurisprudence pour paralyser le droit du propriétaire revendiquant sont objectives. Elles visent à assurer la sécurité des tiers et du crédit en empêchant que l'acquéreur, trompé par les apparences, soit dépouillé du bien qu'il a acquis. De telles raisons ne

---

(83) D'autres applications résultent : 1° de l'article 1321 du Code civ. qui déclare les contre-lettres inopposables aux tiers. Par conséquent, les droits acquis par les tiers de bonne foi, sur le vu d'un acte apparent régulier, sont protégés contre la revendication du propriétaire véritable tirant son titre d'une contre-lettre (cf. Planiol et Ripert, III, N° 244). La majorité de la doctrine et une jurisprudence divisée étendent à la simulation en général la solution donnée par l'article 1321 en matière de contre-lettres (cf. *op. cit.*, N° 248) ; 2° de la jurisprudence qui a déclaré que les aliénations consenties, avant la loi du 1er juillet 1901, à des tiers de bonne foi, par les prête-noms des congrégations dissoutes, étaient opposables au liquidateur desdites congrégations (cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 247).

(84) Cf. Civ., 16 janvier 1843, D. 1843. 1. 49, S. 1843. 1. 97 ; Req., 20 mai 1935, D.H. 1935. 345.

(85) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 246 ; Ripert et Boulanger, III, N° 2311.

(86) V. notamment Civ., 26 janvier 1897, D. 1900. 1. 33, note Sarrut, S. 1897. 1. 313, *Pand. fr.*, 1901. 1. 209, note Charmont. Cette considération de l'intérêt du tiers acquéreur ne vaut, du reste, que pour l'acquéreur à titre onéreux. L'acquéreur à titre gratuit a moins à perdre. Aussi la jurisprudence ne le protège-t-elle pas (cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 246). Cette restriction n'intéresse pas la subrogation réelle puisque celle-ci n'a pas à fonctionner à propos des fluctuations réalisées par des actes gratuits (*supra*, N° 101).

(87) Cf. Req., 20 mai 1935, précité.

s'opposent pas à la survie du droit de propriété par subrogation réelle (*infra,* N° 220). De fait, il est devenu classique, en doctrine, de discuter du fonctionnement de la subrogation dans l'exercice de la pétition d'hérédité (*infra,* N° 597). L'occasion de cette subrogation résulte non seulement des aliénations consenties par l'héritier apparent, mais encore de la perte du droit de suite de l'héritier véritable.

199. — Une situation analogue découle de la *réclamation de son patrimoine par l'absent de retour, après l'envoi en possession définitif.* Mais ici la loi fournit quelques indications précisant les pouvoirs de l'envoyé en possession.

Il convient de remarquer, à cet égard, que l'interdiction édictée par l'article 128 du Code civil ne concerne que les aliénations consenties par l'envoyé en possession provisoire, au nom de l'absent (*supra,* N° 123). La revendication alors intentée éventuellement par l'absent contre le tiers est la conséquence et non la cause de la nullité de l'aliénation conclue par un représentant légal qui a excédé ses pouvoirs. Cette nullité doit être d'abord établie sur la base de l'article 128. L'hypothèse de l'aliénation de la chose d'autrui suppose, au contraire, que l'aliénateur agit *en son nom propre,* donc à titre de propriétaire.

Si un envoyé en possession provisoire agit de la sorte, il aliène la chose d'autrui et l'absent garde son droit de suite contre l'acquéreur même de bonne foi, conformément au droit commun exprimé par la maxime « *Nemo plus juris...* » (*supra,* N° 193). Mais, si l'aliénation est consentie par un envoyé en possession *définitif,* la loi déroge à ce droit commun. L'article 132 du Code civil interdit alors à l'absent de revendiquer contre le tiers acquéreur, sans qu'on ait à se préoccuper, comme en matière de pétition de l'erreur commune. La disposition de l'article 132 s'explique par le fait que l'envoyé en possession est, du moins à certains égards, considéré comme un héritier (88). Le texte, du reste, ne concerne pas seulement les fluctuations intervenues dans le patrimoine de l'absent du fait de l'envoyé en possession définitif. Il va plus loin, en édictant la subrogation réelle de façon complète puisque l'absent de retour peut reprendre le prix des biens aliénés ou les biens acquis en remploi (*infra,* N° 595).

L'article 132 est, en cela, plus complet que les articles 462 et 790 qui se bornent, dans les hypothèses qu'ils pré-

---

(88) Ripert et Boulanger, III, N° 2333. C'est pour cette raison du reste que la jurisprudence ancienne a parfois invoqué ce texte pour valider les aliénations consenties par l'héritier apparent (cf. Planiol et Ripert, III, N° 246).

voient (89), à mettre les tiers acquéreurs à l'abri de la revendication éventuelle et l'héritier recouvrant la succession.

200. — Une autre exception, plus spéciale encore, à la règle « *Nemo plus juris...* » résulte de l'article 27 de la loi du 9 mars 1941 sur la réorganisation de la propriété foncière et le remembrement. Ce texte stipule que, du jour du transfert de propriété résultant du remembrement (c'est-à-dire d'échange amiable ou forcé ; article 14, loi du 9 mars 1941), les immeubles qui en sont l'objet ne sont plus soumis qu'à l'exercice des droits et actions nés du chef du nouveau propriétaire. Le droit de suite des titulaires de droits réels nés du chef de l'ancien propriétaire se trouve donc paralysé une fois que l'immeuble sur lequel portaient ces droits a été aliéné (90).

Parmi les actions réelles dont l'exercice se trouve ainsi empêché figure, au premier chef, la revendication qui aurait pu être intentée contre l'ancien propriétaire présumé (91). L'échange par lequel s'opère le remembrement peut, en effet, comme toute aliénation, porter sur la chose d'autrui. Des motifs impérieux d'intérêt général incitaient à garantir l'efficacité du remembrement en protégeant l'acquéreur (souvent forcé ; article 14, al. 2, de la loi) contre toute cause d'éviction du chef, son aliénateur. C'est pourquoi l'article 27 coupe court à tout droit de suite du véritable propriétaire en attribuant, en toute hypothèse, la propriété à l'acquéreur. La question se pose, alors seulement, de savoir si la subrogation réelle est possible dans la revendication. La solution est discutable (92). Mais l'occasion de subrogation, elle, ne l'est pas.

Les motifs qui ont incité le législateur à éteindre le droit de suite ne se limitent naturellement pas à la revendication. Ils sont très généraux. Aussi, la même solution se retouve-t-elle en dehors de l'hypothèse d'une aliénation de la chose d'autrui et, notamment, à l'égard des droits réels autres que la propriété (93) qu'il nous faut, du reste, envisager dans leur ensemble.

2°) *Extinction du droit de suite attaché aux droits réels autres que la propriété.*

201. — Il convient d'abord, à cet égard, d'écarter les

(89) Il s'agit d'héritiers rétractant la renonciation à succession faite par eux (art. 790) ou par leur tuteur (art. 462).

(90) La fluctuation, qui résulte de cette paralysie du droit de suite, est l'occasion de nombreux cas de subrogation réelle prévus par l'article 28 de la loi ; nous les rencontrerons (*infra*, N° 628).

(91) Cf. E. Becqué, *Commentaire de la loi du 9 mars* 1941, J.C.P. 1941. 1. 222 bis, N° 50.

(92) Cf. *infra*, N° 660, texte et note 175.

(93) Comp. *infra*, N°s 204 et suivants.

servitudes de notre propos. Celles-ci, par leur nature même, ne peuvent s'exercer que sur un fonds déterminé et au profit d'un autre fonds, également déterminé. La subrogation réelle est non seulement impossible dans de tels droits, elle n'est même pas concevable. Sans droit de suite, la servitude n'existe plus en tant que droit subjectif. C'est sans doute en raison des remargues présentées en ce sens (94), à propos de la loi du 27 novembre 1918, muette sur ce point, que la loi du 9 mars 1941, dans son article 29, a exclu les servitudes de la subrogation réelle prévue par l'article 28 pour les autres droits réels en cas de remembrement de la propriété foncière (95). Les servitudes se trouvent donc, d'après la nature même des choses, hors de notre étude. Si à cette exclusion on ajoute celle des droits d'usage et d'habitation, en raison de leur incessibilité (*supra*, N° 116), on voit que les droits réels qui demeurent dans le champ de notre recherche sont l'usufruit, les sûretés réelles, l'emphytéose et, enfin, les divers droits et charges réels, comme les concessions de mines, d'énergie hydro-électrique, etc... (96). Nous ne pouvons examiner ici les problèmes particuliers soulevés par tous ces derniers droits, suffisamment rares ou spéciaux pour être exclus, eux aussi, de nos investigations. La portée de celle-ci se limitera donc en fait, et principalement, à l'usufruit et aux sûretés réelles immobilières, seuls droits à la fois les plus courants et les plus généraux.

Ce que nous dirons à leur sujet s'appliquera, naturellement, aux autres droits réels dans la mesure où, au regard de chaque point envisagé, ceux- ci seront susceptibles d'une telle application.

202. — Parmi les causes d'extinction du droit de suite, certaines sont communes à la propriété (*supra*, N^{os} 196 et suiv.) et aux autres droits réels. Ainsi, l'usucapion au profit d'un tiers acquéreur fait obstacle à l'exercice contre ce tiers non seulement de la revendication, mais encore des diverses autres actions réelles. Il faut seulement remarquer que la prescription des divers droits réels est parallèle à celle de la propriété, mais en demeure distincte et obéit à ses règles propres, notamment de durée (97).

Une autre cause d'extinction du droit de suite, commune à la revendication et autres actions réelles, dérive de l'arti-

---

(94) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 428, p. 410, note 1.

(95) Cf. E. Becqué, *op. cit.*, N° 55, et *infra*, N° 665.

(96) V. Ripert et Boulanger, I, 5^{e} partie, chap. III.

(97) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 746 ; pour la prescription de l'hypothèque par un tiers détenteur ou *usucapio libertatis*, voir art. 2180, 4°, al. 3, du Code civ., et Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N^{os} 1326 et suivants.

cle 27 de la loi du 9 mars 1941 sur le remembrement de la propriété foncière. La généralité de ce texte, qui interdit l'exercice de tous les « droits et actions » nés du chef de l'ancien propriétaire sur le bien donné en échange, doit s'étendre à tous les droits réels tels que les privilèges, les hypothèques, l'usufruit, et même aux droits personnels qui seraient exceptionnellement assortis d'un droit de suite, tels que les baux (98).

Mais outre ces causes d'extinction du droit de suite, qui sont communes à la propriété et aux divers droits réels, il en est d'autres qui résultent de la situation spéciale dans laquelle ces derniers sont exercés. L'exercice du droit de suite qui assortit ces droits réels, en présence d'une aliénation conclue par le propriétaire qui les a constitués, est ici commandé par la publicité. Les titulaires de ces droits réels et l'acquéreur tiennent, en effet, leur droit d'un même auteur. Le conflit entre eux est donc tranché par l'antériorité des publicités (99). Si les titulaires de droits réels n'ont pas publié leur titre avant que l'acquéreur ait transcrit le sien, ils perdent leur droit de suite. Il y a là une cause d'extinction qui n'existait pas à l'égard du propriétaire revendiquant contre un acquéreur *a non domino* (100).

203. — Ce principe une fois rappelé, il convient de remarquer que son fonctionnement relève du droit commun auquel nous ne pouvons que renvoyer.

Nous signalerons seulement la situation particulière, au regard de la subrogation réelle, des *créanciers hypothécaires et privilégiés*. Cette situation découle de la nature même des droits réels de garantie qui, à la différence des autres droits réels, ont pour but normal et essentiel non pas un usage direct d'une chose matérielle, mais un droit de préférence exercé sur le prix de vente de la chose grevée. Cette opération, par elle-même, n'est rien d'autre qu'une subrogation réelle (*infra*, N° 554). De sorte que la fin essentielle et normale de toute sûreté réelle est d'aboutir à une subrogation réelle. A la vérité, une seconde sorte de subrogation, beaucoup plus exceptionnelle dans son fonctionnement en même temps que plus courante dans sa notion, est concevable en cette matière. Elle consiste à transporter le droit réel de garantie, considéré non pas encore dans sa phase de réalisation, mais dans sa phase conservatoire, sur un autre immeuble substitué au premier. Mais cette subrogation, qui ne peut du reste se comporter comme la première (*infra*, N^{os} 664, 684 et suiv.) n'a pour effet que de retarder l'exercice du droit de préférence. Celui-ci, au lieu de s'appliquer au prix de

(98) En ce sens E. Becqué, J.C.P. 1941, 1. 222 bis, N° 50.
(99) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3288.
(100) *Op. cit.*, N° 3289.

vente du premier immeuble, s'appliquera au prix de vente du second. Mais, en toute hypothèse, c'est dans un transport sur une créance de prix, donc dans une subrogation réelle, que se résout finalement une sûreté réelle. Cet exercice normal suppose nécessairement une fluctuation et, par conséquent, une disparition du droit de suite, alors que survit le droit de préférence. Ces principes essentiels permettent de préciser certaines originalités de la situation des créanciers nantis de sûretés réelles immobilières, au regard de la fluctuation de l'objet de leur droit et de la subrogation réelle qui peut s'ensuivre.

a) La survie du droit de préférence au droit de suite généralement relevée en doctrine dans des cas très particuliers (*infra*, c) est réalisée, par hypothèse même, lorsque le créancier hypothécaire exerce son droit de préférence dans les conditions les plus courantes et les plus normales, c'est-à-dire soit en saisissant l'immeuble pour le faire vendre sur adjudication (101), soit après une procédure de purge effectuée sur l'initiative d'un acquéreur qui veut affranchir l'immeuble qu'il achète des sûretés réelles qui le grèvent (102). La raison d'être de l'adjudication sur saisie et de la purge est précisément de transporter les droits des créanciers hypothécaires et privilégiés sur le prix de vente, et de mettre ainsi l'acquéreur à l'abri de ce droit de suite (103). Aussi, la perte de ce droit de suite s'accomplit-elle, *même lorsque le créancier hypothécaire a publié son droit en temps utile*, c'est-à-dire avant la transcription de l'aliénation (104). Ce résultat est propre aux sûretés réelles ; et il s'explique par la nature particulière de ces droits. Le droit de suite n'est jamais, au fond, qu'une garantie destinée à permettre l'exercice du droit de préférence, fin normale et essentielle de la sûreté. Ce dernier droit s'exerçant normalement, le droit de suite perd toute justification. Il est dissous par la solution finale qu'apporte le droit de préférence.

Cette raison même indique, du reste, les limites de la règle. Dès lors que le droit de préférence ne s'est pas exercé, le droit de suite entre en jeu contre un éventuel tiers acquéreur de l'immeuble. Le droit commun de la publicité, telle qu'elle résulte de la loi du 23 mars 1855, recouvre alors son empire : le droit de suite n'est possible que si le créancier hypothécaire a inscrit son droit avant la transcription de

(101) Planiol, II, N° 3089.
(102) *Op. cit.*, N° 3274.
(103) *Op. cit.*, N^{os} 3089 et 3370, pour l'adjudication sur saisie ; N° 3323 (et art. 2186 du Code civ.), pour la purge par paiement du prix offert aux créanciers acceptant les offres ; N^{os} 3369 et suivants et 3362 et suivants, pour la purge aboutissant à une adjudication.
(104) L., 23 mars 1855, art. 6, al. 1er, cf. *op. cit.*, N° 3188.

l'aliénation (105). Dans le cas contraire, le droit de suite est perdu. Et, à cet égard, une seconde remarque s'impose, qui caractérise, elle aussi, la situation particulière des créanciers hypothécaires et privilégiés.

b) L'exercice du droit de préférence, fin essentielle de la sûreté réelle, dépend lui-même de l'ordre des inscriptions (106). Que le créancier titulaire de la sûreté oppose son droit à un acquéreur (droit de suite) ou à un autre créancier (droit de préférence), il doit, pour être préféré, avoir publié son droit le premier. Il suit, de là, une conséquence remarquable. La perte du droit de suite (condition de la subrogation réelle soit sur la créance du prix, soit éventuellement sur un immeuble de remploi) par défaut d'inscription de la sûreté avant la transcription de l'aliénation, entraîne du même coup la perte du droit de préférence, sans que celui-ci puisse renaître... La transcription faite par l'acquéreur de son titre, en effet, a arrêté le cours des inscriptions des créanciers de l'aliénateur (107). Le créancier hypothécaire de l'aliénateur pourrait, théoriquement du moins, retrouver son droit de préférence, à un rang du reste ultérieur, en inscrivant son droit sur un nouvel immeuble acquis par le débiteur éventuellement subrogé à l'ancien comme objet de l'hypothèque. Ce remède serait, en réalité, sans efficacité. Une telle subrogation d'un immeuble à un autre présente surtout l'intérêt de conserver sur le bien nouveau l'ordre de préférence établi par les inscriptions sur le bien ancien (*infra*, N^os^ 770, b), et 771, b). Et la nouvelle publicité qui pourrait être alors imposée sur le bien nouveau ne devrait pas modifier cet ordre ancien (*infra*, N° 710, b). De sorte que le défaut d'inscription des hypothèques ou privilèges en temps utile pour conserver le droit de suite rend impossible ou inutiles les deux catégories de subrogations réelles appelées à jouer dans ces droits. Il faut donc conclure qu'en matière de sûretés réelles, la disparition du droit de suite ouvrant des occasions utiles de subrogation, n'est pas celle qui peut résulter d'un défaut d'inscription de la sûreté avant la transcription de l'aliénation (108) ; car, dans un tel cas, si le droit de suite meurt, le droit de préférence ne lui survit pas.

(105) *Ibid ;* il faut naturellement réserver le délai spécial de 45 jours à compter de la vente ou du partage accordé par la loi du 23 mars 1855 (art. 6) au vendeur d'immeuble et au copartageant pour inscrire leur privilège, alors même que la revente de l'immeuble aurait été transcrite (cf. Planiol, II, N° 3191).

(106) *Op. cit.*, N° 3096 ; Réserve doit naturellement être faite des hypothèques dispensées d'inscription : art. 2135 du Code civ. (*op. cit.*, N^os^ 3110 et suivants).

(107) *Op. cit.*, N° 3016 ; rapprocher N° 3438.

(108) Ou, pour les privilèges du vendeur et du copartageant avant l'expiration du délai de 45 jours prévu par l'article 6, al. 2, de la loi du 23 mars 1855 (cf. *supra*, note 154).

c) Cette survie, nécessaire à l'hypothèse même de la subrogation réelle, ne se retrouve, en dehors des cas normaux précédemment signalés (109), que dans un certain nombre de situations exceptionnelles, mais devenues classiques en doctrine (110). Les unes tiennent à certaines originalités ou anomalies dans le fonctionnement du régime de publicité. Tels sont les cas qui résultent de l'omission d'une inscription dans l'état délivré par le conservateur à l'acquéreur (111) ou qui concernent les privilèges généraux non inscrits, si l'on admet que, s'ils avaient été inscrits, ces privilèges auraient été assortis d'un droit de suite (112), la survie des hypothèques occultes en cas de saisie immobilière (113) ou en cas de purge (114). Dans ces différentes conjonctures, la survie du droit de préférence au droit de suite est le fruit d'une plus grande rigueur dans les exigences de publicité à l'égard du droit de suite qu'à celui du droit de préférence. La loi, qui interdit d'opposer à l'acquéreur la sûreté non publiée, permet de l'opposer aux autres créanciers.

Dans une autre série d'hypothèses, la survie du droit de préférence tient au caractère particulier de la fluctuation. Il en est ainsi sans la survie du droit de préférence de la femme qui a renoncé à son hypothèque légale au profit d'un acquéreur de l'immeuble du mari et qui, par là, a perdu son droit de suite contre ledit acquéreur (115). Il en est encore ainsi en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (116). A ces cas, il faut ajouter celui où certaines parties de l'immeuble (des matériaux de démolition ou d'immeubles par destination), sont détachées et vendues séparément comme meubles. Le droit de suite est alors impossible, le droit de préférence survit sur le prix de vente (117).

Il convient de remarquer, pour conclure, que la survie du droit de préférence au droit de suite, dans la mesure où elle résulte d'un défaut de publicité, rapproche les sûretés réelles immobilières des autres droits réels immobiliers : c'est le défaut de publicité qui fait perdre le droit de suite et qui engendre la fluctuation d'où naît l'occasion de la subrogation. La situation des créanciers hypothécaires est, au contraire, originale dans la mesure où, d'une part, le droit de suite peut disparaître alors que la publicité a été utile-

(109) Cf. *supra*, N^{os} 202 et 203, a).
(110) Cf. Planiol, I, N^{os} 3422 et suivants.
(111) *Op. cit.*, N^{os} 3426 et suivants.
(112) *Op. cit.*, N° 3529.
(113) Art. 717, Code proc. civ., *op. cit.*, N^{os} 3431 et 3432.
(114) Art. 772, Code proc. civ., *op. cit.*, N° 3433.
(115) Loi du 23 mars 1855, art. 9, al. 3 et 6 modifiés par la loi du 13 février 1889 ; cf. *op. cit.*, N^{os} 3434 et 3435.
(116) *Op. cit.*, N° 3430.
(117) Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, Rev. trimestr. dr.

ment opérée (*supra*, a) et c), *in fine*) et, d'autre part, le défaut de publicité en temps utile éteint à la fois le droit de suite (obstacle à la subrogation) et le droit de préférence (qui s'exerce par une subrogation) (*supra*, b).

II. — CAS OU LA DETERMINATION DU DROIT DE SUITE SUPPOSE LA DISSOLUTION PREALABLE DE L'ALIENATION

A. — Principe : le droit de suite conséquence normale de la dissolution de l'aliénation

204. — Il est logique que la dissolution d'une aliénation entraîne non seulement la disparition de celle-ci en tant qu'acte juridique, mais encore l'anéantissement de ses effets et, avant tout, de son effet translatif. Le droit réel que l'aliénation avait pour but essentiel de transmettre doit être considéré comme n'ayant pas été transmis, ou comme faisant retour à l'aliénateur, selon que la dissolution est ou non rétroactive (118). L'aliénateur, restant titulaire du droit réel, dispose naturellement de l'action réelle qui le sanctionne. Le droit de suite est donc normalement postulé par la dissolution de l'aliénation. Il est le prolongement naturel, sur le plan réel, de l'anéantissement de l'aliénation en tant qu'acte juridique. Et là se trouve même l'intérêt pratique essentiel de la dissolution. Quand on fait annuler ou résoudre une vente, par exemple, c'est avant tout pour *reprendre* le bien vendu. Et le moyen le plus énergique d'effectuer cette reprise est d'intenter l'action réelle.

La logique de cette règle explique la généralité de sa portée, qu'il est aisé de vérifier en droit positif (119). Les atténuations (120) qu'elle peut subir dans certains cas, parti-

---

civ., 1919, pp. 385 et suivantes. Il est fort notable que cet auteur, suivant sur ce point des réactions aussi unanimes que surprenantes, croie devoir envisager une hypothèse aussi exceptionnelle pour reconnaître une subrogation réelle dans l'exercice du droit de préférence. Pourtant, les raisons, qui poussent à voir une subrogation dans ce cas, valent pour tous ceux où le droit de préférence s'exerce, même dans des conditions normales et courantes (v., sur ces différents points, *infra*, N^{os} 554, 684 et suivants).

(118) Nous considérons ici les dissolutions rétroactives : annulation, rescision, résolution, révocation.

(119) La généralité est tellement vaste qu'on doit citer des références éparses. V. art. 1183 du Code civ. *in fine*. Planiol, II, N^{os} 1306 et 1565, qui explique clairement le mécanisme de l'action réelle consécutive à la résolution de la vente sur la base de l'article 1654 du Code civ. ; Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N° 187, pour la résolution de la vente à réméré ; et pour les différentes dissolutions, Ripert et Boulanger, I, N^{os} 2195, 2732, 2874, 3257.

(120) Par exemple, celle résultant de la règle édictée par l'article

culiers ne sont pas de nature à l'altérer. Dissolution de l'aliénation et reprise du bien aliéné vont normalement de pair, tout comme la validation a une tendance spontanée à se traduire par la suppression de l'action réelle (121). C'est en raison de ce lien logique entre la dissolution et la reprise que la loi du 23 mars 1855, dans son article 4, a organisé une publicité spéciale des jugements prononçant la résolution, la nullité ou la rescision d'un acte transcrit (122).

Le plan réel et celui de l'acte juridique sont même si étroitement liés qu'on les confond fréquemment. C'est ainsi que l'on peut parler de reprise par l'effet d'une action en nullité (123) ou de nullité paralysée par le jeu de l'article 2279 du Code civil (124). La loi elle-même exprime l'assimilation (125). Celle-ci se conçoit d'autant plus facilement que l'action en dissolution et l'action réelle sont fréquemment intentées en même temps et contre la même personne. Par exemple, le vendeur non payé demande la résolution de la vente en même temps que la restitution de la chose vendue. Le droit procédural est sensible à cette liaison intime du droit personnel et du droit réel, dont l'exercice se trouve unifié en une action mixte (126). Et il est notable que les auteurs mêmes qui dissocient les deux éléments de la situation, avec le maximum de rigueur, restreignent leur raisonnement au cas où la revendication est intentée contre un tiers acquéreur du défendeur, sauf à reconnaître qu'il est alors nécessaire de mettre ce tiers en cause au procès en résolution pour que cette dernière lui soit opposable : de sorte que, pratiquement, la résolution et la revendication sont exercées en même temps (127). Il y a pourtant là, en toute hypothèse et indépendamment des incidences procédurales, deux éléments distincts. La dissolution est aussi rationnellement préalable à la revendication que l'acte lui-même est antérieur à ses effets, ne serait-ce que d'un instant de raison. C'est parce qu'une vente est annulée ou résolue

---

1312 du Code civ., selon laquelle l'incapable n'est tenu de restituer que dans la mesure de son enrichissement.

(121) C'est ce que fait l'article 930 du Code civ. qui interdit directement aux héritiers réservataires de revendiquer contre un tiers acquéreur l'immeuble qui a fait l'objet d'une donation atteinte par la réduction, alors que le donataire serait solvable. Cf. Planiol, III, N° 3116.

(122) V. Ripert et Boulanger, I, N°s 2732 et 3257 ; Planiol, II, N° 1566.

(123) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2732.

(124) *Op. cit.*, N° 2874.

(125) Cf. article 930 du Code civ. qui parle d'action en réduction (qui est pourtant en elle-même une action personnelle en résolution, cf. Planiol, III, N° 3111) *ou* revendication.

(126) Cf. art. 59 du code de proc. civ.

(127) Cf. Planiol, II, N° 1565.

que le vendeur recouvre la propriété ; ce résultat acquis, il dispose de la revendication. Le fait que la dissolution et la revendication s'exercent souvent en même temps et contre la même personne ne supprime rien de leur distinction rationnelle.

205. — Les rapports du droit de suite avec la dissolution de l'acte juridique d'aliénation s'analysent donc en deux propositions. D'une part, le droit de suite est intimement lié à la dissolution dont il n'est que la conséquence logique. D'autre part, il ne se confond pas pour autant avec elle et se situe sur le plan réel qui lui est propre. Ces deux propositions n'offrent pas un intérêt purement théorique. Leurs conséquences pratiques sont fort notables à l'égard de notre propos.

La première proposition se traduit, pratiquement, par une exigence inéluctable. Dans l'hypothèse que nous envisageons, *l'exercice du droit de suite suppose nécessairement la discussion préalable de la validité de l'aliénation.* Cette condition doit se trouver satisfaite, que la cause de dissolution soit directe ou indirecte, au sens que nous avons précédemment précisé (*supra,* N^os^ 102, 147 et suiv.), que l'action réelle et l'action en dissolution soient ou non intentées en même temps et contre une même personne. Ainsi apparaît une différence remarquable avec le groupe d'hypothèses précédemment étudiées (*supra,* N^os^ 193 et suiv.). Le propriétaire véritable, par exemple, qui revendique contre un tiers acquéreur *a non domino,* n'a pas à se préoccuper de l'aliénation qui sert de titre à ce dernier en tant qu'acte juridique (*supra,* N^os^ 125 bis et 193). Le propriétaire qui reprend sa chose après l'avoir aliénée par une aliénation nulle doit d'abord entreprendre contre l'acquéreur un débat sur la nullité ou la résolution de cette aliénation. La règle est de bon sens. Son incidence n'en est pas moins notable sur la détermination des limites au domaine de la subrogation réelle par l'intervention combinée de l'aliénation (cause de fluctuation) et du droit de suite (dont l'absence est une condition de la fluctuation). A cet égard, il est clair que le plan réel et celui de la validité de l'acte juridique se complètent logiquement. L'aliénation étant nulle ou résolue, la cause de la fluctuation n'existe pas ; et sa condition non plus, le droit de suite intervenant alors. Encore faut-il que le premier point soit établi, ce qui crée une condition supplémentaire dont l'importance pratique ne peut échapper. Il est, du reste, possible que l'harmonie soit rompue. C'est ce qui apparaît si on examine les conséquences de la seconde proposition.

Si lié qu'il soit à la dissolution de l'aliénation, le droit de suite ne se situe pas moins, par sa nature même, sur le plan réel. Or, sur ce terrain, il se trouve exposé à des causes

d'extinction autonomes qui sont susceptibles de rompre l'harmonie entre les questions réelles et celles de dissolution et qui révèlent, en outre, certaines différences avec les hypothèses où la dissolution d'un acte juridique n'est pas la condition préalable de l'exercice du droit de suite. Ce sont ces causes d'extinction qu'il convient de retracer.

B. — Causes d'extinction de ce droit de suite

206. — Si la nécessité de faire tomber l'aliénation, considérée en tant qu'acte juridique, se présente en principe comme un obstacle supplémentaire à l'exercice du droit de suite, il ne faut pas en conclure que le titulaire de ce droit sera toujours dans une situation moins favorable que s'il était dispensé de cette nécessité. Certaines causes d'extinction de ce dernier droit de suite épargnent le premier. Par exemple, l'héritier véritable ne peut exercer son droit de suite contre un acquéreur de l'héritier apparent, dans la mesure où cet acquéreur est seulement considéré comme un acquéreur de bonne foi *a non domino* (*supra,* N° 198). Mais, si l'aliénation servant de titre à cet acquéreur était en elle-même nulle ou résolue, l'héritier véritable pourrait certainement la faire tomber et reprendre le bien aliéné. Ainsi, rien ne paraît interdire à l'héritier véritable l'exercice de l'action en résolution de la vente pour non-paiement du prix (article 1654 du Code civil) et de la revendication qui en est la conséquence normale.

A d'autres égards, il arrive que le droit de suite s'éteigne de la même façon, qu'il exige ou non la dissolution préalable de l'aliénation.

Ainsi, l'article 27 de la loi du 9 mars 1941 sur le remembrement de la propriété foncière est très général. Il paralyse non seulement la revendication contre un acquéreur *a non domino* (*supra,* N° 200), les actions réelles assortissant les autres droits réels (*supra,* N° 202), mais encore les actions tendant à la révocation, à la résolution, l'annulation ou la rescision d'actes ayant transféré la propriété d'immeubles touchés par le remembrement (128).

Mais c'est surtout le jeu de l'article 2279 du Code civil en matière mobilière et de l'usucapion qui mérite l'attention. Au regard de ces deux causes d'extinction, dérivant du droit commun, la situation que nous étudions se présente, *a priori,* sous un jour particulier. La fonction normale de ces deux institutions, dans la mesure où en tant que règles de fond elles attribuent les doits réels aux possesseurs, est de proté-

---

(128) Cf. Becqué, J.C.P. 1941. 1. 222 bis, N° 50.

ger les acquéreurs *a non domino* (129). Or, dans l'hypothèse que nous envisageons, l'acquéreur a acquis d'un véritable propriétaire, mais en vertu d'une aliénation directement ou indirectement dissoute comme acte juridique. Cette aliénation est supposée dissoute soit parce qu'elle est entachée d'une cause de nullité ou de résolution quelconque (*supra*, N^os^ 103 et suiv.) (le bien aliéné était inaliénable), soit parce que le droit de l'aliénateur se trouve lui-même dissous (*supra*, N^os^ 147 et suiv.) (il s'agissait, par exemple, d'un donataire dont le droit est révoqué ou résolu par une clause de retour conventionnel, etc...). Comment le droit de suite ouvert par une telle dissolution est-il susceptible d'être paralysé par le jeu, au bénéfice de l'acquéreur-possesseur, soit de l'article 2279, al. 1^er^, du Code civil, soit de l'usucapion ?

207. — A l'égard de *l'article 2279, al. 1^er^, du Code civil*, le problème ne se pose pas de façon identique, selon que la dissolution atteint directement ou indirectement l'aliénation (*supra*, N^os^ 102 et suiv.).

a) Lorsque l'aliénation se trouve indirectement atteinte, c'est-à-dire lorsque le titre *de l'aliénateur* fait l'objet d'une résolution, d'une annulation ou d'une révocation mise en œuvre par une tierce personne (par exemple un donateur révoquant la donation dont l'objet a été aliéné par le donataire), il est admis sans difficulté que l'article 2279 peut être invoqué par l'acquéreur (130). La doctrine n'hésite pas à assimiler cette hypothèse à celle d'une acquisition *a non domino* (131). Il est clair que les motifs sociaux (132) de faire jouer l'article 2279 sont les mêmes dans les deux hypothèses. Il y a autant de raisons de protéger l'acquéreur, qui ignorait la cause de dissolution qui pesait sur le titre de son aliénateur, que celui qui, de bonne foi, a acquis d'un non-propriétaire pur et simple. Et, sur le plan technique, les situations sont également très voisines. Que l'aliénateur n'ait jamais eu la propriété du meuble (détenteur) ou qu'il soit considéré comme ne l'ayant jamais eue (véritable propriétaire dont le titre est annulé ou résolu), le résultat est le même dès lors qu'on admet le caractère rétroactif de la dissolution. Cette

---

(129) V. pour l'article 2279 : Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 380, et Ripert et Boulanger, I, N° 3407 ; pour l'usucapion, Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^os^ 688 et 700.

(130) Nous supposons naturellement satisfaites toutes les autres conditions nécessaires au jeu de ce texte (v. p. ex. Ripert et Boulanger, I, N^os^ 3410 et suivants).

(131) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3406 ; Colin et Capitant, I, N° 891.

(132) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3409 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, Planiol et Ripert, *op. cit.*

considération conduit les auteurs à assimiler en tous points les deux situations (133).

b) La question est plus délicate lorsque la dissolution vise le titre de *l'acquéreur* lui-même, dans l'hypothèse où l'aliénation à laquelle il est partie est directement annulée ou résolue du chef de l'aliénateur. Il est généralement admis, en doctrine, que l'article 2279, al. 1er, ne peut jouer comme règle de fond dans les rapports de l'acquéreur et de son auteur (134). La jurisprudence est moins nette et apparemment ne refuse au possesseur la protection de l'article 2279, al. 1er, que contre l'action *personnelle* en restitution intentée contre lui, ce qui suppose que l'auteur d'une telle action a établi ce lien personnel (135). L'obligation personnelle de restituer est établie, dans le cas qui nous occupe, par la justification de la cause de nullité ou de résolution de l'aliénation (136). Mais cette nullité ou cette résolution demeurant acquise et prononcée, l'article 2279, al. 1er, du Code civil est-il opposable à la *revendication* de l'aliénateur, revendication qui, comme l'action personnelle, est la conséquence de la dissolution de l'aliénation ?

La Cour de Cassation, du moins par les motifs de ses arrêts, paraît répondre par l'affirmative (137), contraignant ainsi l'aliénateur voulant reprendre la chose aliénée à intenter l'action personnelle. Mais on fait observer à ce sujet (138) que l'article 2279 ne concerne alors, selon cette jurisprudence, que des questions de preuve : il signifie seulement

---

(133) V. ce raisonnement dans Ripert et Boulanger, I, N° 3406. Il convient, au demeurant, de remarquer que sur le plan de l'art. 1599 du Code civ. la vente d'une chose sur laquelle le vendeur ne possède qu'un droit conditionnel n'est pas une vente de la chose d'autrui (cf. Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N° 46, 1°).

(134) Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 378 ; Ripert et Boulanger, I, N° 3436 et suivants ; Colin et Capitant, I, N° 900. *Contra :* Aubry et Rau, II, 183.

(135) V., notamment, l'arrêt fondamental de la Cour de Cassation ; Req., 5 décembre 1893, D. 1894. 1. 48, S. 1896. 1. 79.

(136) Cf. Colin et Capitant, *op. cit.* Il est admis, par exemple en application de ce principe, que le successible, dont le droit de propriété sur un immeuble à lui donné par le *de cujus* est résolu par l'effet d'un rapport en nature, se trouve être débiteur d'un corps certain envers la succession : cf. Planiol, III, N° 2279, et *infra*, N° 527 texte et note 115.

(137) « L'article 2279, al. 1er, ne met pas le possesseur d'objets mobiliers à l'abri d'une action en restitution quand il est personnellement obligé à restituer ; mais cette règle implique, pour l'auteur d'une telle action, la charge de justifier du lien personnel sur lequel elle est fondée. » (Req., 5 décembre 1893, précité.)

(138) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 378, p. 361, note 4. D'autres auteurs, au contraire, interprètent la jurisprudence comme supprimant la revendication en application de l'art. 2279, al. 1er ; v. Colin et Capitant, *op. cit.*

que tant que la preuve de l'obligation de restitution n'a pas été établie (preuve de la nullité ou de la résolution de l'aliénation) l'acquéreur est présumé propriétaire ; rien de plus. Sur le fond, on a justement remarqué qu'à partir du moment où l'aliénateur a établi la cause de dissolution de l'aliénation, l'acquéreur, débiteur personnel de la restitution, se révèle simple détenteur précaire et ne peut plus, par conséquent, bénéficier de l'article 2279, al. 1er, du Code civil jouant comme mode d'acquisition *lege* (139). De sorte que la revendication doit être, tout comme l'action personnelle, possible contre lui (140). Et l'on mesure ainsi l'influence capitale qu'exercera sur la mise en œuvre du droit de suite, en matière mobilière, la nécessité d'obtenir préalablement la dissolution de l'acte juridique d'aliénation.

Il convient, toutefois, de ne pas donner à cette conclusion une porté absolue. Les auteurs qui la formulent ainsi, sans la nuancer, n'envisagent guère sans doute que des causes de nullité ou de résolution intrinsèques à l'acte juridique d'aliénation (*supra*, N° 103), tels que des défauts ou des vices de consentement, des vices de forme, le non-paiement du prix, etc... Et l'on conçoit bien alors, en effet, que l'article 2279, al. 1er, ne doit pas avoir pour effet de consolider des aliénations atteintes de telles causes de dissolution. Mais ces mêmes auteurs renoncent, très généralement, à appliquer leurs conclusions générales lorsque la cause de dissolution est une nullité tenant à une indisponibilité frappant le bien aliéné (*supra*, Nos 115 et suiv.). Dans un tel cas, la bonne foi de l'acquéreur consiste dans l'ignorance de cette indisponibilité (141). Et les motifs d'utilité publique, autant que d'équité, qui fondent en général la règle de l'article 2279, al. 1er, au profit de l'acquéreur de bonne foi (142) se trouvent ici pleinement justifiés. Il y a autant de raison de protéger l'acquéreur d'un bien inaliénable qui ignorait cette inaliénabilité, que l'acquéreur *a non domino* ignorant que son vendeur n'était pas propriétaire. Aussi, les auteurs mêmes qui, en étudiant l'article 2279, al. 1er, en général déclarent qu'il ne doit pas intervenir comme règle de fond pour paralyser l'exercice de la revendication intentée par l'aliénateur contre l'acquéreur, n'hésitent-ils pas à lui attribuer cet effet

(139) Planiol et Ripert, *op. cit.* ; Colin et Capitant, *op. cit.*

(140) Sur les intérêts de cette revendication par rapport à l'action personnelle, v. Planiol et Ripert, *op. cit.*, Colin et Capitant, *op. cit.* Un texte confirme cette solution : c'est l'art. 1926 du Code civ. qui déclare que si un dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas (et qui, par conséquent, n'a pu valablement s'obliger à la restituer), le déposant n'a que l'action en revendication de la chose déposée tant qu'elle existe dans les mains du dépositaire.

(141) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1334, note 2.

(142) Cf. *supra*, note (132).

pour protéger l'acquéreur de bonne foi d'un bien dotal (143) ou d'un bien inaliénable, en vertu d'une clause d'inaliénabilité s'imposant à l'aliénateur et ignorée de l'acquéreur (144). Ils en arrivent même à affirmer, en une formule générale, qu'en matière de meubles corporels « le défaut de droit *ou de pouvoirs* du vendeur n'est pas opposable à l'acquéreur » (145). Ce qui tempère singulièrement sans, certes, la clarifier, la conclusion peut-être un peu trop absolue à laquelle l'étude générale de l'article 2279, alinéa 1er, avait conduit. On discerne bien, ici, le rôle plus ou moins conscient joué par la distinction entre les causes de nullité intrinsèques et extrinsèques à l'acte juridique d'aliénation. On est spontanément porté à protéger, par l'article 2279, al. 1er, l'acquéreur qui a ignoré une cause de nullité tenant au seul effet translatif de l'aliénation (cause de nullité extrinsèque à l'acte, telle l'indisponibilité). La tendance est tout aussi spontanée à refuser la même protection lorsque la cause de dissolution affecte l'acte juridique lui-même ou lui est intimement liée.

Finalement, le champ d'application de l'article 2279, al. 1er, déterminé dans ses grandes lignes, englobe les cas où la dissolution atteint le titre de l'aliénateur et ceux où le titre de l'acquéreur se trouve lui-même affecté directement d'une nullité tenant à une indisponibilité. Ce champ se révèle vaste à l'égard de la subrogation réelle si l'on se rappelle que les indisponibilités représentent les sources de nullité opposant à la subrogation une concurrence particulièrement directe et sensible (*supra*, N° 117). Il s'ensuit que *le jeu de l'article 2279, al. 1er, annihile, en matière mobilière, l'efficacité de la majeure partie des concurrences qu'opposent à la subrogation réelle les causes de dissolution des aliénations.*

208. — *L'usucapion* au profit de l'acquéreur ne saurait atteindre le droit de suite de façon aussi radicale. Mais, surtout, la portée de cette extinction est moins étendue. Pour la déterminer, il convient, comme nous l'avons fait au sujet de l'article 2279, al. 1er, de distinguer, selon que l'aliénation qui a rendu l'acquéreur possesseur, est atteinte par une cause directe ou indirecte de dissolution.

a) Aucune hésitation n'est manifestée pour admettre

---

(143) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1334, pour l'aliénation des meubles dotaux par la femme ; N° 1367, pour le défaut de remploi alors que l'aliénation du meuble dotal était soumise à cette condition.

(144) Ripert et Boulanger, I, N° 2874, 2°.

(145) Ripert et Boulanger, III, N° 1225. Ces mêmes auteurs sont moins nets lorsqu'il s'agit d'une vente des meubles du mineur effectuée par le tuteur, en violation des formes prescrites par l'article 452 du Code civ. ; cf. T. I., N° 2287 *in fine*.

l'opposabilité de l'usucapion par l'acquéreur au propriétaire revendiquant à la suite d'une cause de dissolution indirecte de l'aliénation, c'est-à-dire à la suite de l'annulation ou de la résolution du titre de *l'aliénateur*. De telles dissolutions ouvrent bien l'action en revendication au profit de ceux qui les obtiennent, mais cette revendication s'arrête devant l'usucapion accomplie (146). Il faut seulement réserver, à cet égard, la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre les titulaires de droits conditionnels tant que la condition n'est pas arrivée et est réputée ne pas avoir couru jusqu'à ce moment quand la condition est arrivée (147). Or, avant que la cause de dissolution du titre de l'aliénateur existe, la personne habile à la mettre en œuvre n'est propriétaire que sous condition suspensive (148). Elle ne peut pas encore agir et la prescription de l'acquéreur ne court pas contre elle. Cette règle exerce une influence fort sensible lorsque la cause de dissolution du titre de l'aliénateur naît après que l'acquéreur est rentré en possession. Alors, la possession ne compte, pour l'usucapion au profit de l'acquéreur, qu'à partir de la naissance de la cause de dissolution. Ainsi, l'acquéreur d'un immeuble donné à l'aliénateur avec stipulation d'un droit de retour au profit du donateur ne peut commencer la prescription contre le donateur exerçant son retour qu'au décès du donataire-aliénateur (149). Ainsi encore, il faut admettre que l'acquéreur d'un immeuble ne peut prescrire contre le vendeur non payé, de son aliénateur, qu'à compter de l'échéance qui a rendu la dette de l'aliénateur envers ledit vendeur exigible, car c'est à partir de ce moment que le vendeur non payé peut agir en résolution. L'incidence de ce retard du cours de l'usucapion peut être fort importante. Si le propriétaire agit dès l'arrivée de la condition, son droit de suite est laissé intact par la possession de l'acquéreur courue jusqu'à ce moment. Autant dire, que le propriétaire n'a alors à craindre aucune usucapion de l'acquéreur.

b) Lorsque l'aliénation, qui sert de titre à *l'acquéreur*, se trouve elle-même visée et directement atteinte par la dis-

(146) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 745, pour le principe. Pour les diverses applications, v. pour la résolution du titre de l'aliénateur à la suite d'un retour conventionnel, Planiol, III, N° 2626 ; d'une action en résolution pour non-paiement du prix, Planiol, II, N° 1565 ; d'un réméré, Planiol et Ripert, X, par J. Hamel, N° 197 ; d'une condition résolutoire, Planiol et Ripert, VII, par A. Gabolde, N° 1040 ; d'une réduction de libéralité pour atteinte à la réserve, Planiol, III, N° 3132, 3° ; d'une révocation, Planiol, III, N° 2635.

(147) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N^{os} 696 et 697, et VII, par A. Gabolde, N° 1040, p. 350.

(148) Cf. Planiol et Ripert, III, N^{os} 231 et 232.

(149) *Op. cit.*, N° 697, 2°.

solution du chef de l'aliénateur, la situation doit être régie par les mêmes principes que ceux que nous avons dégagés pour déterminer le jeu de l'article 2279, al. 1er, du Code civil (*supra,* N° 207 b). Il ne paraît pas discutable que l'usucapion ne saurait faire échec à l'obligation personnelle de restitution, dont l'acquéreur est tenu, une fois que l'aliénation dans laquelle il puise son titre est dissoute (*supra,* N° 207 b). L'usucapion accomplie, en effet, laisse survivre les actions personnelles (150). Il semble que l'on doive aller plus loin et permettre également à la revendication de l'aliénateur de s'exercer contre l'acquéreur sans se voir opposer l'usucapion de ce dernier. Le raisonnement présenté par la doctrine pour empêcher l'article 2279, al. 1er, de s'opposer à la revendication de l'aliénateur de meubles corporels (*supra,* N° 207, b), texte, et note 139), s'il est admis, doit valoir tout aussi bien pour permettre la revendication de l'aliénateur d'un immeuble, nonobstant toute usucapion. A partir du moment où la dissolution de l'aliénation étant acquise, l'acquéreur est personnellement tenu envers son aliénateur d'une obligation de restitution, il ne peut plus être considéré comme possédant à titre de propriétaire. Une condition, nécessaire à l'usucapion (article 2229 du Code civil), se trouve donc manquer et la revendication ne saurait, par suite, se trouver paralysée de ce fait.

Doit-on admettre ici le même tempérament que celui qui faisait bénéficier de l'article 2279, al. 1er, l'acquéreur de meuble corporel, lorsque l'aliénation, en vertu de laquelle il est entré en possession, est nulle pour violation d'une inaliénabilité (*supra,* N° 207, b), texte, et note 139). Il ne semble pas, car les motifs qui inspiraient cette solution sur la base de l'article 2279, al. 1er, se trouvent singulièrement atténués à l'égard de l'usucapion. Ces motifs, qui supposaient la bonne foi de l'acquéreur ignorant l'inaliénabilité, visaient à satisfaire les nécessités du crédit mobilier autant que l'équité. Or, dès que l'acquéreur est supposé être de bonne foi, il ne peut s'agir pour lui d'usucapion qu'en matière immobilière ; et sa durée est alors de dix à vingt ans. Et en cette matière, d'une part, les acquéreurs sont renseignés sur les droits de leurs aliénateurs par la connaissance des actes, de sorte qu'il est rare qu'ils ignorent l'inaliénabilité et, par conséquent, qu'ils soient de bonne foi, et, d'autre part, les nécessités du crédit devant permettre des opérations rapides n'existent pas ; c'est sans doute pour ces raisons que si les auteurs font bien bénéficier l'acquéreur de meubles corporels inaliénables, de l'article 2279, al. 1er, pour paralyser la revendication de l'aliénateur dirigée contre lui (*supra,* N° 207, b), texte, et

(150) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 747.

notes 143, 144 et 145), ils ne permettent pas à l'acquéreur d'un immeuble, également inaliénable, de se protéger contre la même revendication par l'usucapion. Ainsi, il est notable que les auteurs mêmes qui protègent l'acquéreur d'un meuble dotal par l'article 2279 (151), n'admettent l'usucapion de l'immeuble dotal après la séparation de biens, conformément à l'article 1561, al. 2, du Code civil qu'au profit de celui qui « tient l'immeuble dotal d'une tierce personne ou qui s'en est emparé sans aucun titre » (152). L'acquéreur, qui tient son titre de la femme elle-même, ne peut donc opposer l'usucapion à celle-ci.

Le champ d'application de l'usucapion, dans les hypothèses que nous envisageons, se révèle donc notablement plus restreint que celui de l'article 2279, al. 1er. Le droit de suite consécutif à la dissolution de l'aliénation s'en trouve beaucoup moins gêné. Par là, *l'usucapion est, beaucoup moins que l'article 2279, al. 1er, en matière mobilière, susceptible de ruiner la concurrence opposée à la subrogation réelle par la dissolution des aliénations.*

209. — Il reste que, dans la mesure où le droit de suite consécutif à la dissolution de l'aliénation se trouve paralysé soit par le jeu de l'article 2279, al. 1er, soit par l'usucapion au profit de l'acquéreur, la fluctuation, dans l'objet du droit du revendiquant, s'est opérée *malgré* la dissolution de l'aliénation. De sorte que, dans ces cas, dont la fréquence est loin d'être négligeable (*supra*, N° 207, b), *in fine*), *l'absence du droit de suite apparaît comme la condition suffisante de la fluctuation.* La validité de l'aliénation cesse d'être nécessaire. C'est qu'en réalité, dans ces hypothèses, le transfert du droit est dû directement à la possession. L'aliénation ne demeure la cause (du reste indirecte) de la fluctuation que dans la mesure où elle est à l'origine du transfert de la possession. Et, pour transférer seulement la possession, il n'est pas nécessaire que l'aliénation soit valable. Cette remarque, au demeurant, ne diminue en rien l'importance de premier plan du droit de suite comme obstacle à la fluctuation et celle de son absence comme condition de la fluctuation. L'absence de droit de suite est, en toute hypothèse, le résultat final à quoi se ramène la fluctuation elle-même.

Mais il ne faudrait pas, pour autant, négliger l'importance de la validité de l'aliénation, c'est-à-dire l'existence même de la cause de fluctuation. D'une part, dans tous les cas où le droit de suite est le prolongement normal de la dissolution de l'aliénation, c'est bien en cette dissolution que

---

(151) *Op. cit.*, notes (207) et (209).
(152) Ripert et Boulanger, III, N° 1440 *in fine.*

se trouve la source de l'obstacle à la fluctuation. C'est alors la validité de l'aliénation qui supprime cette source et entraîne la fluctuation. D'autre part, lorsque le droit de suite se détermine indépendamment de la validité même de l'aliénation (*supra*, N^os^ 193 et suiv.), son absence devient bien une condition supplémentaire de la fluctuation. Et si, pour une raison quelconque, cette condition est réalisée (par exemple parce qu'un titulaire de droit réel sur la chose aliénée n'a pas publié son droit en temps utile), la fluctuation ne dépend plus que de la validité de l'aliénation. Cette validité faisant défaut, c'est bien la mise en œuvre de la dissolution qui fait obstacle à la fluctuation.

CHAPITRE III

ÉTENDUE DE LA FLUCTUATION

210. — En recherchant les conditions de la fluctuation, nous avons relevé que l'événement qui l'engendre pouvait atteindre l'objet du droit en totalité ou seulement en partie. Cette portée totale ou partielle dudit événement, par rapport à l'objet du droit, nous a même fourni le plus utile critérium pour étudier la condition d'identité d'objet entre l'événement considéré et le droit (*supra*, N^os^ 170 et suiv.). Mais nous n'en avons pas moins envisagé cette portée seulement comme une *condition* de la fluctuation sans préciser pour autant l'étendue de celle-ci. Or, il importe de remarquer que l'étendue de l'événement (destruction, aliénation, etc...) et celle de la fluctuation elle-même sont distinctes. Le caractère total ou partiel d'une destruction ou d'une aliénation ressort d'une appréciation de fait effectuée par rapport à l'étendue de l'objet du droit. La fluctuation, elle, concerne plus précisément la réaction de cette destruction ou de cette aliénation, ainsi délimitées, sur le droit lui-même. Et l'étendue de cette fluctuation peut ne pas coïncider exactement avec celle de l'événement. Supposons, par exemple, que le local d'habitation qui fait l'objet d'un bail soit détruit. Pour savoir si cette *destruction* est totale ou partielle, il faut vérifier son étendue par rapport à celle du local initialement loué (*supra*, N° 174). Mais si en application de ce critérium il apparaît qu'elle n'est que partielle, on n'aura pas pour autant déterminé l'étendue de la *fluctuation* à l'égard du bail. Il se peut que le preneur, comme l'article 1722 du Code civil lui en offre la possibilité, préfère résilier celui-ci pour ce qui concerne le local endommagé. Ce n'est pas alors la destruction qui est totale, mais la fluctuation. Le caractère total ou partiel de la destruction dépend de la nature des choses et non de

la volonté humaine. Lorsqu'un bail porte sur un appartement de quatre pièces dont deux seulement sont détruites, son objet n'est que partiellement détruit. Il n'appartient à personne de nier ce fait. Mais ce que l'article 1722 permet c'est que, sur la volonté du preneur, la fluctuation, elle, soit totale. Il s'agit alors d'une fluctuation totale à la suite d'une destruction partielle.

L'étendue de la fluctuation soulève donc une question distincte de l'étendue de l'événement, tout en dépendant de cette dernière. C'est cette étendue de la fluctuation qu'il nous faut déterminer. A cette fin, il convient de distinguer, selon que l'événement générateur de la fluctuation a affecté la totalité ou une partie de l'objet. Si, dans le premier cas, l'étendue de la fluctuation ne se sépare pas de celle de l'événement, il n'en va pas toujours de même dans le second, comme nous venons de le laisser pressentir.

SECTION I

FLUCTUATION ENGENDREE PAR UN EVENEMENT AFFECTANT L'OBJET DU DROIT DANS SON ENTIER

211. — L'étendue de la fluctuation résulte alors de la nature même des choses. Lorsque l'objet matériel d'un droit est totalement détruit, aliéné, etc..., le droit ne peut plus porter sur lui. Il y a alors nécessairement *fluctuation totale :* l'objet détruit, aliéné, etc... a cédé sa place, pour le tout, à un autre objet. Cette constatation s'impose logiquement et elle ne souffre aucune exception. Prétendre qu'un droit continue à porter sur son objet alors que celui-ci est considéré par hypothèse comme détruit ou aliéné serait soutenir un non-sens. La destruction, l'aliénation totales s'identifient avec la fluctuation.

Ce principe une fois admis, il paraît beaucoup plus important de déceler les problèmes posés par la fluctuation totale.

Il convient, à cet égard, de remarquer qu'habituellement lorsque le titulaire d'un droit cesse de pouvoir appréhender l'objet matériel de ce droit, parce que cet objet est totalement détruit, aliéné, etc..., il cesse en même temps de jouir de ce droit. A l'égard d'un même titulaire, le droit s'éteint

normalement par la disparition de son objet. Et l'extinction du droit, corrélative à la disparition de son objet, soulève un problème essentiel pour l'analyse du concept de la subrogation réelle. La subrogation réelle, en effet, est précisément la négation de cette extinction du droit. Par essence, elle implique que, toujours pour un même titulaire, le droit survive à la disparition de son objet, de telle sorte qu'il puisse ultérieurement porter sur un objet nouveau. La subrogation réelle relève donc d'une conception différente des idées traditionnelles sur le rôle joué par l'objet, dans la détermination de l'individualité et, par conséquent, de l'extinction des droits. Ce sont ces conceptions qu'il nous faut opposer afin d'en dégager les significations respectives.

§ 1er. — Signification de l'extinction du droit en cas de fluctuation totale, dans la conception traditionnelle

212. — L'extinction du droit par la *destruction totale* de son objet ne fait aucun doute en doctrine (1) et en droit positif. Il suffit de se reporter aux exemples de fluctuation que nous avons déjà eu l'occasion d'utiliser, pour s'en convaincre. La règle s'applique d'abord aux droits réels, à l'égard desquels la destruction de la chose constitue une cause d'extinction absolue (2) : la propriété (3), l'usufruit (4) ; les sûretés réelles (5) s'éteignent par la destruction totale de la chose qui en est l'objet. Aussi, toutes les fluctuations totales auxquelles nous avons dû nous référer au cours des développements antérieurs s'accompagnaient-elles normalement d'une extinction du droit considéré. La règle s'applique aussi aux droits de créance de corps certains. Elle est posée, en général, par les articles 1302 et 1182, al. 2, du Code civil (6) et confirmée par les articles 1722 et 1741 en matière de bail (7) : la destruction totale de la chose louée entraîne à la fois une fluctuation totale de l'objet du bail et la résil-

(1) Cf. Colin et Capitant, I, Nos 941 bis et 942, et II, N° 356.
(2) Colin et Capitant, I, N° 941 bis.
(3) *Supra*, N° 97, b), et article 563, al. 3, du Code civ., pour la destruction d'un fonds de terre submergé par une rivière navigable et flottable : le propriétaire du fonds perd son droit par la destruction de la chose.
(4) Articles 617, 5°, et 624 du Code civ., Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 864, et *supra*, N° 173.
(5) Cf. Planiol et Ripert, X, par E. Becqué, N° 1341, et *supra*, Nos 173 et 180.
(6) Cf. Planiol, II, N° 621 ; Colin et Capitant, II, N° 356.
(7) Cf. Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, Nos 638, 639 et 641 ; *supra*, N° 174.

liation de plein droit du bail. La destruction du corps certain est une cause d'impossibilité d'exécution et, par conséquent, d'extinction de l'obligation.

On pourrait douter, en cette dernière matière, de l'exactitude de la règle lorsque la destruction du corps certain est due à la faute du débiteur. L'obligation de celui-ci paraît bien alors subsister, puisqu'il n'est pas libéré par la perte de la chose et qu'il doit à son créancier des dommages-intérêts. Le versement de ces dommages-intérêts se présente comme une exécution par équivalent de l'obligation *initiale*, qui n'a fait que changer d'objet (8) par un phénomène ressemblant fort à une subrogation réelle. Cette manière de voir se trouve apparemment confirmée par des textes comme les articles 1302 et 1722 du Code civil, qui parlent d'extinction du droit de créance seulement si la destruction de la chose est due à un cas fortuit. C'est ainsi que si la chose louée périt par la faute d'une des parties, l'autre ne peut obtenir que la résolution judiciaire du bail, qui n'a pas disparu de plein droit (9). Il semble, toutefois, qu'une interprétation de ces différentes règles par une survie de l'obligation initiale, jusqu'au paiement des dommages-intérêts, ne soit pas correcte. Deux règles sont évidemment certaines : le débiteur fautif n'est pas *libéré* par la perte de la chose imputable à sa faute ; il l'est, en revanche, par le versement des dommages-intérêts. Son obligation s'est alors «résolue en dommages et intérêts», selon l'expression de l'article 1142 du Code civil (10). Cet effet extinctif de l'obligation par le versement d'une indemnité recèle même, selon nous, la différence normative fondamentale entre les droits personnels et les droits réels (11). Mais à *l'effet* du versement de l'indemnité s'arrête la différence. La *source* de l'obligation de payer une indemnité demeure la même à l'égard des titulaires de droits réels et personnels : c'est la faute. Et cette faute est une cause *nouvelle* d'obligation distincte. Le débiteur qui a détruit la chose par sa faute n'est plus tenu, comme précédemment, « en vertu d'une cause quelconque, contrat, legs, quasi-contrat, texte de loi, etc..., il est, désormais, tenu en vertu de sa faute, cause uniforme d'obligation dans tous les cas de ce genre » (12). La règle générale est vraie, ici comme ailleurs : quand l'exécution de l'obligation est devenue impossible, on doit toujours considérer l'obligation initiale comme éteinte (13). Cette règle est organique ; elle relève des rapports de l'obli-

(8) Cf. Planiol, II, N° 622.
(9) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 640.
(10) Cf. Planiol, II, N° 257 et suivants.
(11) Cf. *infra*, N°s 504 et suivants.
(12) Planiol, II, N° 622.
(13) *Ibid.*

gation et de son objet (14), et ne dépend pas d'une éventuelle responsabilité qui peut *s'ajouter* à l'obligation initiale. Aussi a-t-elle une portée générale (15) : la destruction de l'objet entraîne nécessairement l'extinction des droits de créance comme des droits réels.

Les droits suivent donc le sort de leur objet. Ainsi apparaît la conception objective à laquelle adhère notre système juridique. L'objet individualise le droit. Et, tout naturellement, la destruction de l'objet anéantit le droit de façon absolue à l'égard de tout le monde. Ce résultat devient plus discutable, sans que la conception objective dont il procède soit pour autant altérée, lorsque l'objet du droit est transféré au lieu d'être détruit. C'est que le problème est alors plus complexe.

213. — Lorsque la chose servant d'objet à un droit est *transmise* à autrui par l'effet d'une aliénation, d'une prescription acquisitive ou d'une mise en possession de bonne foi, le sort du droit portant sur cette chose est plus difficile à déterminer.

Certains auteurs (16) estiment que selon une analyse rigoureuse, le droit lui-même n'est pas transmis, mais éteint. Le droit, attribut de la personnalité, semble en soi intransmissible. Au cas d'une prétendue transmission de la propriété, par exemple lors d'une vente, il y a une abdication du droit de propriété par le tradens, concomitante à la création d'un droit nouveau au profit de l'acquéreur (17). Les raisons données par ces auteurs de l'extinction du droit ne sont donc pas exclusives de considérations subjectives: elles reposent sur l'idée que le rapport juridique demeure inséparable des personnes entre lesquelles il a été établi. Il convient, toutefois, de remarquer que ces raisons s'opposent seulement à ce que le droit puisse se *transmettre*, en même temps que son objet, d'une personne à une autre. Elles n'expliquent pas *qu'à l'égard du titulaire initial* le droit soit *éteint*. Cette extinction, consécutive à une aliénation par exemple, se produit pour les mêmes raisons qu'en cas de destruction (*supra*, N° 212) : lorsque le titulaire d'un droit cesse de pouvoir

(14) Comparer avec Planiol, II, N° 193, qui souligne la tendance moderne à considérer, dans une obligation, surtout son objet.

(15) Elle est vraie même en matière de bail : « ...quelle que soit la nature du fait ayant entraîné la perte de la chose louée, le bail ne peut subsister cette perte une fois consommée. » Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 640.

(16) Cf. Colin et Capitant, I, N° 941 ; Emmanuel Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété*, thèse, Paris, 1896, pp. 99 et suivantes.

(17) Ces auteurs s'appuient sur le raisonnement philosophique dénonçant la contradiction entre l'idée de transmission et celle de continuité, qu'elle implique pourtant : (v. Kant, *Métaphysique de la doctrine du droit*, trad. Barni, p. 108).

appréhender la chose qui en fait l'objet, il perd son droit. Cette raison est objective.

D'autres auteurs (18) nient, du reste, la part accordée par la thèse précédente aux idées subjectives et contestent que le droit ne se transmette pas en même temps que son objet. Aucun obstacle n'existe, selon eux, à ce qu'un droit déterminé demeure lui-même en changeant de sujet actif. Pour le droit de propriété particulièrement, les obligations de la communauté juridique de respecter ce droit sont toujours les mêmes, quelle que soit la personne du titulaire du droit. Et cette conception trouve une confirmation sur le plan normatif. Si le transfert de l'objet s'accompagnait de l'extinction du droit du *tradens,* le droit nouveau de *l'accipiens* ne pourrait se fonder que sur la possession, permettant à celui-ci d'acquérir par occupation. Or, la possession n'est pas une condition nécessaire du transfert, le simple consentement suffisant en principe (19). C'est donc que *l'accipiens* reçoit son droit du tradens et, par conséquent, que celui-ci a aliéné son droit avec sa chose. Il est, d'autre part, une règle incontestée selon laquelle l'acquéreur ne peut recevoir plus de droits que n'en avait son auteur : tel est le sens de la maxime « *Nemo plus juris...* ». L'ayant cause *succède* à son auteur et n'acquiert pas un droit nouveau (20). Transférer une chose c'est transférer également le droit le plus plein qu'on puisse avoir sur cette chose : la propriété. Quant aux autres droits, ils se transfèrent tout comme la propriété. On aboutit ainsi à lier l'individualité du droit à celle de son objet. Le droit suit son objet et demeure lui-même, quel que soit son sujet actif. De cette conception dérive directement l'un des sens reconnus à la perpétuité du droit de propriété : cette perpétuité signifie que le droit de propriété dure autant que son objet (21), quel que soit son sujet actif. Le droit positif et les notions traditionnelles de la transmission des droits reflètent donc une conception strictement objective. C'est elle qu'il convient de retenir. Elle rend la survie éventuelle du droit sur la tête du titulaire initial encore plus impossible en cas de transfert qu'en cas de destruction de l'objet. En effet, le droit doit être alors considéré non seulement comme ayant disparu avec son objet, mais encore comme appartenant à un autre titulaire. Une incompatibilité supplémentaire et, en apparence, irréductible surgit donc ici : le même droit individualisé par un même objet ne peut être reconnu à deux titulaires à la fois. Si l'acquéreur est titulaire du droit qui lui a été transmis sur un objet déter-

(18) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2859, et V.
(19) *Op. cit.,* N^{os} 2859 et 2885.
(20) *Op. cit.,* N^{os} 2859 et 2861.
(21) *Op. cit.,* N° 2725.

miné, le précédent titulaire doit, inévitablement, en être dépouillé. Le droit suit son objet et change de sujets.

Les notions dominant notre système juridique se révèlent donc objectives. Elles le sont toutes, même en cas de transfert, en ce sens que toutes les opinions reconnaissent que, *pour un même titulaire,* la perte de l'objet entraîne la perte du droit. C'est sur de telles bases qu'on est contraint de préciser le concept de la subrogation réelle !

§ 2. — Signification de la survie du droit à la fluctuation totale de son objet, dans la théorie de la subrogation réelle

214. — Il importe de préciser la conception subjective impliquée par la subrogation réelle par rapport aux notions générales objectives que nous venons de dégager. Cette précision permettra de déterminer, parmi les causes d'extinction du droit relevant du droit commun, celles qui sont ignorées par la subrogation réelle et celles qui lui font obstacle.

I. — RAPPORTS ENTRE LA SUBROGATION REELLE ET LES CONCEPTIONS TRADITIONNELLES DE L'INDIVIDUALITE ET DE L'EXTINCTION DES DROITS

215. — Il convient de fixer les données essentielles par lesquelles se précise le concept de la subrogation réelle. Dire qu'un bien cède sa place à un autre en tant qu'objet d'un droit déterminé, c'est dire que, *pour un même titulaire,* ce droit se conserve dans son individualité malgré la disparition de son premier objet. L'opération de subrogation suppose donc : 1°) que le droit conservé soit considéré comme doué d'une individualité propre ; 2°) que cette individualité subsiste malgré le changement d'objet ; 3°) que, par conséquent, cette individualité se détermine non par l'objet qui change, mais par des éléments fixes ; ces éléments fixes sont le sujet actif et, à son égard, la source du droit (*infra,* N° 515).

La subrogation réelle implique donc une conception éminemment *subjective* de l'individualité des droits, et par conséquent de leur extinction. Par hypothèse, le droit conservé doit être considéré comme demeurant lui-même, dès lors que *son titulaire reste le même* et qu'à son égard la *source* du droit demeure également la même. Telle est l'hypothèse fondamentale de la subrogation réelle : l'objet *seul* doit changer (*supra,* N° 82). Dès lors, la conclusion s'impose : à l'égard du même titulaire, la perte de l'objet initial du droit (par aliénation, destruction, etc...) ne peut être tenue pour

une cause d'extinction de ce droit. *La subrogation réelle est essentiellement incompatible avec les causes d'extinction objectives du droit.*

La contradiction paraît donc absolue entre le concept de la subrogation réelle et les données générales du système juridique en cas de fluctuation totale (*supra,* N^os^ 212 et 213). La fluctuation totale engendre à la fois l'occasion, nécessaire à la subrogation réelle, et l'extinction du droit, que la subrogation a précisément pour mission essentielle de conserver ! Elle cesse d'être limitée au rapport juridique accessoire pour supprimer le rapport principal lui-même (*supra,* N^os^ 67 et 68). Cette contradiction ne fait que souligner la nature exceptionnelle de la subrogation réelle lorsque l'objet du droit disparaît par une destruction. Une telle nature, pour inspirer une certaine circonspection à l'égard de ce procédé technique, n'enlève toutefois pas à ce dernier sa viabilité rationnelle : l'exception à l'extinction du droit par la destruction totale de son objet est en elle-même concevable, pourvu naturellement qu'un autre objet se substitue ultérieurement à l'ancien. Mais la contradiction aboutit à une véritable impasse logique, lorsque l'objet échappe au titulaire du droit par l'effet d'une transmission à autrui. Alors, selon la conception qui paraît bien exprimer le plus fidèlement le droit commun (*supra,* N° 213), le droit est non seulement éteint à l'égard du titulaire initial, mais encore transféré, lui aussi, à autrui en même temps que son objet. De sorte que si on admet la subrogation réelle en ce cas au profit du titulaire initial, le même droit doit être considéré comme demeurant attaché à la personne de ce titulaire (en vertu du concept de la subrogation réelle) et comme transféré à autrui (selon les notions traditionnelles) ! (22).

Il faut bien voir qu'alors la subrogation réelle et le droit commun ne se traduisent pas par le même langage et n'expriment pas la même réalité. Lorsque nous prétendons que la subrogation réelle conserve à un titulaire donné le droit même dont l'objet a disparu (23), nous avons de l'individualité de ce droit une conception *subjective.* Et lorsqu'à propos

---

(22) Le fait que lorsque la subrogation réelle intervient, ce n'est généralement pas le titulaire du droit qui a aliéné (cf. *supra,* N^os^ 67 et 68) n'atténue pas la contradiction. D'abord, certains transferts se réalisent autrement que par aliénation (cf. *supra,* N° 213). Ensuite, même lorsqu'il s'agit d'une aliénation, si la fluctuation est réalisée, c'est que cette aliénation est valable et opposable au titulaire du droit, tout comme si le titulaire avait lui-même aliéné. L'aliénation, faite par un héritier apparent, par exemple, crée une occasion de subrogation réelle dans la mesure où elle est validée et opposée à l'héritier véritable, tout comme si elle avait été conclue par ce dernier (cf. *supra,* N° 198).

(23) Cf. *infra,* N^os^ 514 et suivants.

de la même fluctuation (par aliénation, par exemple) la théorie traditionnelle considère ce même droit comme transféré à aurtui, elle adhère à une conception *objective* de l'individualité des droits, Force est donc, si l'on veut accueillir le concept de la subrogation réelle, de s'astreindre à un relativisme très souple et d'admettre qu'à un même phénomène soient liées des réalités juridiques opposées, selon que l'on considère ce phénomène sous un angle ou sous un autre.

Encore faut-il être bien certain, avant de s'astreindre à une telle démarche d'esprit, que ce relativisme s'impose.

216. — Une première solution, pour éviter la contradiction, consisterait à admettre que la subrogation réelle ne conserve pas sur l'objet nouveau le droit même qui pesait sur l'ancien. C'est là le problème capital de la subrogation réelle. De sa solution dépend la notion même de la subrogation et, à ce titre, nous aurons à l'étudier plus tard (24). Il nous faut seulement remarquer, dès maintenant, que voir dans le droit reconnu par la subrogation réelle un droit nouveau, équivaut à renoncer à toute précision dans le concept même de la subrogation. Les auteurs, qui ont admis quelquefois du reste comme par mégarde (25) la naissance d'un droit nouveau, ont abouti à la confusion. La subrogation ne se distingue plus alors de l'enrichissement sans cause ou de la novation (26) ; on ne sait plus si ses effets concernent les droits ou les choses (*infra*, N^os^ 514 et suiv.) ; et les principes directeurs de son fonctionnement font l'objet d'affirmations ne convaincant guère que leurs auteurs et certainement pas la jurisprudence (27). C'est, en majeure partie, faute d'avoir aperçu puis analysé avec une rigueur suffisante la conservation du droit ancien par la subrogation réelle, que la doctrine n'est jamais parvenue à tirer le concept de la subrogation de l'état embryonnaire où il se trouve encore (28).

Si l'on veut donc avoir de la subrogation réelle une idée à peu près claire, il est indispensable de maintenir intangible le principe de la conservation du droit précis et individualisé qui, au profit d'un même titulaire, portait sur le bien ancien (29). Il faut seulement observer que l'individualité de ce droit n'est pas alors déterminée par l'objet, comme dans la théorie traditionnelle de la transmission des droits (*supra*, N° 213), mais par le sujet actif et par la source du droit.

217. — On peut encore, pour éviter la contradiction en-

(24) Cf. *infra, ibid.*
(25) Cf. *infra*, N^os^ 528 et suivants.
(26) *Ibid.*
(27) Cf. *supra*, N^os^ 62 et 63.
(28) Cf. *supra*, N^os^ 60 *in fine* et 82 à 86.
(29) Cette nécessité sera démontrée, *infra*, N^os^ 514 et suivants.

tre les conceptions courantes et l'analyse de la subrogation réelle, déclarer, avec la théorie moderne (*supra*, N° 26) et surtout avec M. Henry (30), que la subrogation conserve bien un droit individualisé, mais que l'objet de ce droit est alors une simple valeur et non un bien matériel. La valeur ne disparaissant pas et demeurant individualisée par le bien nouveau qui remplacera ultérieurement l'ancien, aliéné ou détruit, le droit cesse évidemment d'être menacé dans son existence.

Cette théorie ne fait que déplacer l'anomalie impliquée par la subrogation réelle: La déformation des notions classiques ne concerne plus alors l'individualité des droits, mais leur objet. C'est, du reste, par une affirmation gratuite que l'on fait porter les droits sur une simple valeur, alors que leur objet normal est un bien déterminé, corporel ou non. La subrogation réelle se voit ainsi attribuer une vertu modificatrice, dont nous avons déjà signalé le caractère arbitraire (31). Le relativisme de conceptions auquel conduit cette affirmation appliquée à l'objet des droits est, en tout cas, aussi audacieux que celui que l'on voudrait éviter concernant l'individualité desdits droits. Mais, à la différence de ce dernier, il ne se justifie pas, au moins par la cohérence conférée au concept de la subrogation réelle. Nous avons déjà remarqué que la notion même de la fluctuation impliquait nécessairement la matérialité de l'objet des droits (*supra*, N^os^ 167 et suiv.). Le mécanisme de la subrogation la suppose tout autant (*supra*, N^os^ 80 et 81, et *infra*, N^os^ 483 et s.). C'est bien pourquoi la théorie de la dotalité incluse dans les paraphernaux n'est pas une application de la subrogation réelle. Dire que l'objet des droits se ramène à une valeur continue, alors que la fluctuation nécessaire à la subrogation est le fruit essentiel d'une discontinuité, aboutit à une seconde contradiction, non plus avec les notions classiques générales, mais entre les éléments internes du concept même de la subrogation réelle, qui s'en trouve obscurci au point d'être ruiné. Si l'objet du droit est une valeur continue, il ne peut disparaître. Et s'il ne disparaît pas, on ne peut pas le remplacer. Or, subroger veut dire remplacer. Donc, si l'on parle de « subrogation réelle » sans remplacement d'objet, on aboutit à l'incohérence. Un tel défaut est sûrement plus grave que n'importe quel relativisme, par rapport aux notions générales extérieures au concept de la subrogation.

218. — La subrogation réelle suppose donc : 1°) qu'un droit précis et individualisé soit conservé à un même titulaire; 2°) qu'à l'égard de ce même titulaire *l'objet matériel du*

(30) Henry, thèse, pp. 378 et suivantes.
(31) V. *supra*, N° 80.

droit change, et pour cela commence par disparaître. Alors, le concept de la subrogation réelle se clarifie. Mais il impose inéluctablement de donner, de l'individualité du droit conservé, une notion subjective différente des notions objectives traditionnelles. Il faut seulement reconnaître alors l'évidence : *la subrogation réelle est très généralement un procédé anormal, choquant les conceptions traditionnellement admises* par les juristes. On s'explique ainsi la confusion quasi anarchique qui n'a, au fond, jamais cessé de régner à son sujet (32). Si on veut le comprendre, il est nécessaire de repousser les notions courantes et habituelles. Les problèmes posés par la fluctuation totale nous mettent ainsi, pour la première fois, en contact avec une réalité que les développements ultérieurs nous feront mieux découvrir.

Il ne faudrait, certes, pas renoncer pour autant à toute utilisation de la subrogation réelle. Pour être anormal, ce procédé n'en est pas moins utilisable si le concept dont il relève est en lui-même viable. Nous aurons à démontrer cette viabilité de façon plus complète (*infra,* N[os] 547 et suiv). Tel que nous avons dû le préciser, dès maintenant le concept de la subrogation réelle nous permet de dégager avec précision les causes d'extinction du droit qui, survenant en cas de fluctuation totale, sont ignorées par la subrogation.

II. — LA SUBROGATION REELLE ET LES DIVERSES CAUSES D'EXTINCTION DES DROITS

219. — Elles apparaissent désormais clairement. La subrogation réelle conserve un droit dont l'objet matériel change, mais dont la source, pour un même titulaire, demeure intacte. Par conséquent, elle ne doit pas être rendue impossible par les causes d'extinction tenant à la disparition de l'objet, sans quoi elle ne pourrait jamais s'accomplir. De sorte que, par un phénomène naturel mais fort notable, la subrogation réelle s'accommode, en fait, des causes d'extinction qui sont rationnellement incompatibles avec elle, et précisément pour cette raison. Au contraire, la subrogation est sans influence sur les causes d'extinction atteignant le droit dans sa source ou dans son sujet actif ; de telles causes opèrent normalement, et le droit, alors éteint, ne saurait revivre par subrogation ; celle-ci n'a pas pour mission de ranimer les droits éteints dans leur source même. En bref, la subrogation méconnaît nécessairement les causes objectives d'extinction des droits et celles-là seulement. Elle doit, au contraire, respecter les causes d'extinction subjectives qui la rendent impossible.

(32) V. *supra,* N[os] 61 et suivants.

A. — Méconnaissance des causes objectives d'extinction

220. — Il serait superflu de s'étendre sur les causes objectives d'extinction des droits. Ce sont celles qui, selon le droit commun, résultent, pour un même titulaire, de la disparition de l'objet par destruction, aliénation, etc...

Lorsqu'il s'agit d'une destruction, la règle de droit commun est générale (*supra*, N° 212) et force est bien à la subrogation de la méconnaître, sans quoi elle n'existerait jamais. La destruction de l'objet est, à strictement parler, la seule cause d'extinction véritablement objective du droit, car l'objet ayant alors disparu pour tout le monde, la survie du droit ne se conçoit plus en principe pour qui que ce soit.

A cette cause, il faut assimiler les transferts à autrui, étant naturellement entendu qu'au regard de la théorie de la subrogation, l'objet seul est considéré comme transféré et non le droit qui porte sur lui (*supra*, N° 215). Le droit, envisagé de façon subjective, à l'égard du titulaire initial, est considéré comme demeurant à ce dernier. Ainsi entendues, les transmissions d'objet sont, pour ce titulaire, des causes d'extinction objectives que la subrogation doit ignorer, sous peine de se renier elle-même. La règle vaut pour l'aliénation et pour les transferts qui peuvent résulter au profit de tiers, du jeu de l'article 2279 du Code civil ou de l'usucapion. Il est notable, à cet égard, que les motifs moraux et sociaux qui fondent l'acquisition par le fait de la possession, sont principalement objectifs. La sécurité dans les relations commerciales (33), la protection des situations acquises (34) poussent à garantir le possesseur dans la possession de tel objet déterminé. C'est pour qu'il puisse garder cet objet qu'on lui attribue un droit et, corrélativement, qu'on enlève ce droit au précédent titulaire. C'est cette raison objective que la subrogation doit naturellement ignorer pour se réaliser au profit du précédent titulaire.

Il est aisé de faire la contre-épreuve de la nécessité de cette méconnaissance des causes objectives d'extinction. Il peut arriver que le changement d'objet d'un droit entraîne bien la disparition de ce droit, sauf à ce qu'un droit nouveau naisse sur un nouvel objet. De telles règles évincent la subrogation réelle. C'est ainsi que la disparition du droit ancien, suivie de la naissance d'un droit nouveau, distingue essentiellement la novation par changement d'objet ou la dation en paiement de la subrogation réelle (34 bis). La méconnaissance par la subrogation réelle de ces causes d'extinction objectives souligne, sur le plan normatif, le caractère

(33) Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 380.
(34) *Op. cit.*, N° 688.
(34 bis) Cf. *infra*, N°s 529 et 530.

exceptionnel, car dérogatoire au droit commun, de ce procédé, que nous avons déjà relevé sur le plan rationnel (*supra,* N^os^ 215 et suiv.). Et ce n'est pas sans quelque raison que la doctrine, inspirée de la théorie classique, n'invoque la subrogation réelle qu'à défaut d'un autre procédé utilisable et dans des hypothèses inhabituelles (*supra,* N° 12). Il convient, toutefois, de ne pas aller trop loin dans cette voie et de reconnaître la subrogation là où elle est. Il arrive que la subrogation, intégrée dans une institution juridique (*infra,* N^os^ 552 et suiv., 624 et suiv., 666 et suiv.) d'un fonctionnement courant, cesse, par là même, d'être exceptionnelle et trouve, dans des règles institutionnelles précises, l'appui nécessaire pour déroger au droit commun. Le meilleur exemple qu'on en puisse citer est le droit de préférence reconnu au créancier nanti de sûreté réelle sur le prix de vente du bien grevé. Ce droit de préférence, raison d'être et but essentiel de la sûreté réelle (*supra,* N° 203, et *infra,* N^os^ 554 et 684 et suiv.), s'exerce par une subrogation réelle (*infra,* N° 554). Et, très logiquement alors, l'aliénation du bien cesse, dans le fonctionnement de l'institution juridique qu'est la sûreté réelle, d'être une cause d'extinction du droit réel du créancier. L'adjudicataire de l'immeuble hypothéqué, par exemple, acquiert l'immeuble libre de toute hypothèque puisque l'adjudication vaut purge (35). Mais cette acquisition de tous les droits réels pouvant porter sur l'immeuble n'entraîne pas extinction du droit du créancier hypothécaire. Loin de disparaître, le droit, au contraire, s'exécute en se transportant sur la créance du prix par le jeu d'une règle qui paraît très normale, car elle représente l'accomplissement essentiel du fonctionnement de l'institution. A l'intérieur et au regard de celle-ci, la subrogation et, par conséquent, la survie de l'hypothèque, à la disparition de son objet, cessent d'être exceptionnelles comme elles le sont normalement en dehors du champ d'application de l'institution (36). La méconnaissance nécessaire par la subrogation réelle des causes d'extinction objectives du droit se trouve, par là même, confirmée sur le plan normatif.

B. — Respect des causes subjectives d'extinction

221. — Ces causes sont celles qui, à l'égard d'un même titulaire, atteignent le droit dans sa source même. Il en est ainsi de l'annulation, de la résolution, de la révocation, de la résiliation, de la prescription extinctive du droit que la subrogation aurait pour mission de conserver. Le paiement,

(35) Cf. Planiol, II, N° 3370.

(36) Ainsi, la destruction totale de l'immeuble emporte normalement extinction de l'hypothèque, cf. Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 1341.

la dation en paiement, la compensation, la remise de dette sont encore des causes subjectives qui éteignent à la fois les droits de créance et les droits réels de garantie qui, éventuellement, les accompagnent (37). Toutes ces causes d'extinction privent le titulaire de son droit pour des raisons autres que la disparition à son égard de l'objet. Le rôle de la subrogation n'est pas de ranimer des droits ainsi atteints. La subrogation ne saurait, par exemple, conserver sur un bien nouveau un droit nul ou prescrit. Ce droit cesse d'exister sur le bien nouveau, comme il aurait cessé d'exister sur un bien ancien. Le changement d'objet ne saurait influer sur sa disparition. On est ainsi amené à distinguer, en matière de droits réels, la perte du droit de suite, pour les raisons que nous avons précédemment examinées, et la perte du droit lui-même. L'extinction du droit de suite crée une occasion de subrogation que l'extinction subjective du droit rend, au contraire, impossible.

La règle est commandée par le bon sens. Il n'est pourtant pas inutile de la souligner pour inviter à établir, parmi les causes d'extinction, une discrimination que la doctrine ne fait pas, car elle ne s'y intéresse pas. Il importe de bien discerner, pour créer cette discrimination, les raisons qui sont à la base de l'extinction et de ne pas s'enfermer dans des formules. Ainsi, la prescription extinctive est généralement fondée sur la négligence du titulaire du droit ou sur sa renonciation (38). La subrogation réelle ne saurait aller à l'encontre d'une telle cause d'extinction essentiellement subjective. Mais il peut arriver qu'une prescription extinctive soit, exceptionnellement, fondée sur des raisons objectives. Aux termes de l'article 2279, al. 2, du Code civil, par exemple, le propriétaire d'un meuble perdu ou volé cesse de pouvoir le revendiquer contre un tiers acquéreur de bonne foi, après l'expiration d'un délai de trois ans à compter de la perte ou du vol. Les auteurs ne sont pas d'accord pour déterminer s'il s'agit là d'un délai préfix (39) ou d'une prescription extinctive. Mais, même ceux qui optent pour cette dernière explication (40), reconnaissent que cette prescription est d'une nature très particulière, car elle ne sanctionne aucune négligence et n'implique aucune renonciation du titulaire du droit. Elle est, au contraire, fondée sur les nécessités du commerce des meubles. Si justifiée qu'elle puisse être, la revendication du propriétaire introduirait dans les transac-

(37) Sur tous ces points, voir Planiol, II, N^{os} 399 et 3388.

(38) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 2849 ; en matière d'obligation, les courtes prescriptions sont fondées sur une présomption de paiement ; cf. Planiol, II, N° 683, 1°.

(39) En ce sens, Aubry et Rau, II, § 183 ; Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 393.

(40) Cf. Ripert et Boulanger, I, N° 3423.

tions un élément d'insécurité qu'il faut faire disparaître rapidement. Ces considérations, qui sont exactement celles qui justifient la règle de l'art. 2279, al. 1er (41), valent à l'égard du meuble même qui a été volé ou perdu. Elles sont strictement objectives. En réalité, l'article 2279, al. 2, ne fait que reculer le jeu de la règle posée dans l'alinéa 1er. C'est pourquoi l'extinction qui résulte de l'expiration du délai de trois ans, même si on la qualifie prescription extinctive, ne doit pas, selon nous, faire obstacle à une subrogation réelle éventuelle dans le droit du propriétaire, ce droit ne se trouvant pas visé et atteint dans sa source même. Loin de s'opposer à une subrogation réelle, cette cause d'extinction objective du droit en crée, au contraire, une occasion comme les autres causes d'extinction analogues (*supra*, N° 220).

SECTION II

FLUCTUATION ENGENDREE PAR UN EVENEMENT AFFECTANT PARTIELLEMENT L'OBJET DU DROIT

§ 1er. — Principe

222. — La détermination de la fluctuation engendrée par une disparition partielle de l'objet du droit est commandée par une règle opposée à celle que nous avons rencontrée en cas de disparition totale (*supra*, Nos 212 et suiv.) : *le droit alors subsiste normalement sur ce qui reste*. La règle est, ici encore, inspirée par le bon sens. Aussi, sa portée est-elle générale et ne souffre-t-elle guère de discussion. C'est pourquoi il existe moins de développements que d'allusions la concernant. Les auteurs l'énoncent, dans sa généralité, comme s'imposant d'elle-même (42). De fait, nos investigations antérieures nous indiquent, dès l'abord, qu'elle s'applique naturellement à tous les droits portant sur la substance des choses, puisqu'à leur égard toute destruction de la forme matérielle de leur objet ne les empêche pas de subsister sur les vestiges mobiliers ou immobiliers (43). Parmi ces droits, il faut citer au premier plan la propriété (44). Nous

(41) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 380, et *supra*, N° 220.
(42) Cf. Colin et Capitant, I, N° 941 bis.
(43) Cf. *supra*, Nos 175 et suivants.
(44) Colin et Capitant, *op. cit.*, et *supra*, Nos 176 et 179.

avons vu qu'on pouvait y ajouter le gage en matière mobilière (*supra*, N° 176) et, en principe, les sûretés réelles immobilières (45). Mais la règle de la subsistance du droit, sur la partie non disparue de son objet, n'est pas vraie qu'à l'égard des droits portant sur la substance. L'article 623 du Code civil en fait une application particulièrement nette à l'usufruit en déclarant que, « si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste ». L'article 624, al. 2, confirme ce principe, au cas où l'usufruit immobilier porte sur le sol. Les droits de créance de corps certains, de leur côté, obéissent à la même idée, d'une façon plus souple toutefois, le créancier ayant souvent la faculté de résilier son droit dont la survivance de principe est, du reste, ainsi confirmée. Cette règle se trouve exprimée par l'article 1182, al. 3 et 4, du Code civil pour les obligations contractées sous condition suspensive, par l'article 1601 du Code civil concernant les droits de l'acheteur sur la chose vendue partiellement périe, par l'article 1722 du Code civil, enfin, relatif au droit du preneur à bail, lorsque la chose louée est partiellement détruite. Il convient, au demeurant, de remarquer que cette résiliation du bail, facultative pour le preneur, à la différence de la résiliation automatique en cas de destruction totale (*supra*, N° 212), ne s'opère pas de plein droit ; le preneur doit la demander aux juges, qui peuvent l'accorder ou la refuser « selon les circonstances » (46). Le droit positif et la doctrine se réfèrent ainsi, sur différents points particuliers, à une règle dont la portée générale est parfaitement rationnelle.

Cette survivance du droit, sur ce qui reste de l'objet partiellement disparu, n'empêche pas la fluctuation de s'accomplir. Elle la facilite, au contraire ; et la subrogation réelle utilisant une survivance qu'elle n'a pas à imposer n'entre pas, alors, en conflit avec le droit commun, comme elle doit le faire lorsque la disparition de l'objet est totale (*supra*, N^{os} 215 et suiv.). Et si le rôle de la subrogation réelle est par là moins remarquable, puisque la subrogation n'est plus la *condition* de la survie d'un droit qui subsiste sans elle, il n'en garde pas moins toute son utilité. Une partie de l'objet ayant disparu, son remplacement par une contre-valeur éventuelle est aussi concevable qu'en cas de disparition totale. Et ce remplacement présente un intérêt évident lorsque, sans lui, le droit ne porterait pas sur cette contre-valeur.

---

(45) V. Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 1341.

(46) Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N° 642, p. 817. Il faut, en outre, rappeler qu'en matière de droits de créance, le caractère total ou partiel de la destruction s'apprécie, en dernière analyse, par rapport à l'utilité de la chose telle que le contrat la définit (cf. *supra*, N^{os} 187 et suivants).

Il se peut donc que ce soit à raison même de la disparition partielle de l'objet initial que le droit porte sur un objet nouveau complémentaire de la partie subsistante de l'ancien. Si, par exemple, une destruction partielle ouvre droit à une indemnité, la subrogation de cette indemnité à la partie détruite présente, *à priori*, autant d'intérêt que si la destruction avait été totale. Et il en va de même à l'égard du bien éventuellement acquis en remploi. Seulement, le droit subsistant d'autre part, et en principe sur la partie non détruite, la fluctuation ne peut être que partielle. *La disparition partielle de l'objet entraîne donc une fluctuation partielle,* aussi naturellement que la disparition totale entraîne une fluctuation totale (*supra,* N° 211).

Le caractère partiel de la fluctuation découle donc de la subsistance normale du droit sur ce qui reste de l'objet. Cette subsistance du droit soulève d'ailleurs les problèmes les plus intéressants relatifs à l'application du principe que nous venons de dégager. D'autre part, la nature des choses ne s'oppose pas, *à priori,* à ce qu'exceptionnellement le droit cesse d'exister sur la partie subsistante de l'objet. La fluctuation se produit alors comme si l'objet avait totalement disparu, par un mécanisme analogue à celui que nous avons précédemment étudié (*supra,* N° 222) : la disparition partielle de l'objet entraîne une fluctuation totale.

C'est l'application du principe et les exceptions qui lui sont parfois apportées qu'il nous faut étudier.

§ 2. — Application du principe

223. — L'application, dans son ensemble, est commandée par le caractère normal de la fluctuation partielle, dans l'hypothèse que nous envisageons. Ce principe découle de la persistance du droit sur la partie subsistante de l'objet, et cette règle est générale (*supra,* N° 222). Il faut donc admettre l'existence d'une fluctuation partielle, non seulement dans les cas que nous venons d'examiner, où elle est spécialement prévue par le législateur, mais encore dans ceux où elle ne peut s'appuyer sur aucun texte spécial.

Ainsi, il convient d'abord d'appliquer le principe de la fluctuation partielle aux cas où la loi ou les conventions privées prévoient seulement la fluctuation totale ou même ne précisent pas l'étendue de la fluctuation. Lorsque la loi ou les conventions prévoient ainsi la fluctuation c'est, du reste, très généralement pour édicter la subrogation tout entière. Il faut donc appliquer le principe de la fluctuation partielle à toutes les décisions spéciales de subrogation qui n'appor-

tent sur ce point particulier aucune précision. Telles sont, notamment, les décisions spéciales de subrogation contenues dans les articles 132, 747, al. 2, 1302 du Code civil, 575, al. 2, du Code de commerce, 460 du Code pénal, 35 de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre, etc... (47). En application du même principe, il faut encore admettre la fluctuation partielle dans le silence total des textes, lorsque la subrogation est appelée à fonctionner de plein droit (*infra*, N^os^ 590 et suiv.). Cette application complète la précédente et ne soulève pas plus de difficulté qu'elle. Ainsi, la subrogation doit fonctionner à l'occasion d'une fluctuation partielle non seulement dans les limites imparties par l'article 747, al. 2, du Code civil, mais encore au delà de ces limites, dans toute la mesure où l'interprétation extensive de ce texte s'impose (*infra*, N° 596). De même, les aliénations partielles consenties par l'héritier apparent, dans les conditions que nous avons déjà précisées (*supra*, N° 198), font naître des occasions de subrogation partielle dans le droit de l'héritier véritable intentant la pétition d'hérédité, tout comme les aliénations totales donnent lieu à une subrogation totale (*infra*, N° 597). Lorsque le droit exercé porte sur un groupe de biens (une succession, un fonds de commerce, le patrimoine d'une société, etc...), l'aliénation ou la destruction de l'un de ces biens n'entraîne, du reste, jamais qu'une fluctuation partielle, puisqu'à l'égard d'un tel droit cette aliénation ou cette destruction n'est jamais elle-même que partielle (*supra*, N° 170). L'objet du droit étant alors, en effet, le groupe tout entier, un bien de ce groupe ne représente qu'une partie de l'objet.

Cette dernière remarque ne revêt d'intérêt pour nous que si c'est à raison même de la fluctuation qu'un bien nouveau devient l'objet du droit ancien. Or, il se peut que ce résultat soit obtenu par d'autres moyens que la subrogation réelle. La persistance de principe du droit ancien sur la partie subsistante de l'objet permet, en effet, d'absorber le bien nouveau dans cette partie subsistante, sans devoir nécessairement le substituer à la partie disparue. En cela, la règle de la persistance du droit sur la partie subsistante de l'objet pose les problèmes les plus originaux concernant l'application de la fluctuation partielle, tout comme le principe de l'extinction du droit, en cas de fluctuation totale, soulevait alors les questions les plus délicates (*supra*, N^os^ 211 et suiv.).

224. — Le caractère partiel de la fluctuation ouvre la possibilité d'une concurrence notable à la subrogation réelle. Le droit continuant normalement et indépendamment de

(47) V. les principales décisions spéciales législatives de subrogation, *infra*, N° 628.

toute subrogation à porter sur la partie subsistante de son objet, il existe, *à priori*, deux moyens de soumettre un bien nouveau à l'emprise de ce droit : *unir* ce bien à la partie subsistante de l'ancien objet, le *substituer* à la partie disparue. Une compétition apparaît ainsi entre deux groupes de procédés relevant, les uns de l'idée *d'accession* au sens large, les autres de l'idée de *subrogation*.

a) L'intérêt de les distinguer est accusé, sur le plan pratique, par le fait que la subrogation, astreinte à des règles de fonctionnement parfois strictes (*infra*, N^os^ 612 et suiv.), peut être avantageusement suppléée par une théorie générale d'un maniement plus souple, dont le droit fait d'autre part de multiples applications, notamment sous la forme précise de *l'accession*. Mais il clair que, sur un plan plus théorique, la subrogation risque, du même coup, de se trouver évincée. L'idée de remplacement est en elle-même plus indirecte et moins simple que celle d'incorporation ou d'union. Si l'on ajoute à cette constatation le fait que la notion d'accession ne souffre pas de l'imprécision et, par conséquent, de la relative désaffection qui frappe le concept de subrogation (48), on peut aisément pressentir que le rôle assigné à cette dernière soit subsidiaire. Ainsi, on a récemment souligné cet aspect de la concurrence entre l'accession et la subrogation réelle sous le régime de communauté (48 bis). Lorsque le bien nouveau s'incorpore à un propre et perd ainsi son individualité, sa qualification de propre ne fait pas de difficulté et ne soulève pas de question d'origine des valeurs ayant servi à l'acquisition. Au contraire, lorsque le bien nouveau conserve son individualité, l'opportunité de la subrogation apparaît. Mais cette forme possible d'accroissement des propres soulève plus de résistance que la première.

Cette subsidiarité, qui paraît ainsi naturelle lorsqu'il s'agit d'hypothèses normales d'accession à l'égard d'un droit portant sur un objet considéré *ut singuli*, s'impose davantage encore à l'esprit au regard des droits portant sur des groupes de biens. L'aliénation ou la destruction de l'un de ces biens entraîne alors une fluctuation partielle de l'objet du droit (*supra*, N° 223). Mais cette fluctuation paraît sans intérêt si tous les biens du groupe sont fongibles entre eux, au point que l'individualité de chacun soit indifférente. Alors, un bien nouveau peut automatiquement entrer dans ce groupe, largement ouvert à toute acquisition, sans avoir à se substituer à un bien ancien précédemment détruit ou aliéné, simplement en s'ajoutant aux autres biens restés pré-

(48) Cf. *supra*, N^os^ 61 et suivants.

(48 bis) Cf. P. Raynaud, note sous Douai, 26 janvier 1949, S. 1949. 2. 1.

sents dans le groupe. La remarque a été faite surtout à l'égard du droit de gage général des créanciers portant sur tout le patrimoine du débiteur (49), et nous avons déjà eu l'occasion de la relever (*supra*, N° 22, a). Elle vaut également pour d'autres droits que le droit de gage général. Ainsi, on peut l'appliquer aux privilèges généraux prévus par l'article 2101 du Code civil qui portent sur *tous* les biens du débiteur (50), au moment de leur exercice, sans que la substitution de l'un de ceux-ci à un autre, disparu, présente à cet égard le moindre intérêt ; et la nécessité de discuter préalablement les meubles (51) ne fait pas naître cet intérêt. La remarque vaut aussi pour d'autres groupes que le patrimoine, aussi propres que lui à englober automatiquement les acquisitions nouvelles. Ainsi, il est inutile de recourir à l'idée de subrogation pour soumettre un immeuble acquis par un tuteur ou une femme mariée à l'hypothèque légale qui frappe *tous* les immeubles de ces personnes. Le même raisonnement est valable pour l'hypothèque judiciaire qui grève tous les immeubles du condamné (52). Le groupe considéré peut être plus restreint dans sa définition, mais tout aussi ouvert aux acquisitions nouvelles : ainsi, un meuble acquis par un locataire est automatiquement frappé par le privilège du bailleur d'immeuble (article 2102, 1°, du Code civil) dès lors qu'il garnit les lieux loués, sans avoir pour cela à remplacer un autre meuble précédemment détruit ou aliéné. C'est pour la même raison, enfin, que la subrogation, sous le régime matrimonial de communauté, n'a pas à jouer dans les droits portant sur la masse commune (52 bis), largement ouverte aux acquisitions nouvelles. La subrogation présente, au contraire, un grand intérêt dans les groupes fermés en principe aux acquisitions nouvelles ; tels sont les propres de communauté et les biens dotaux. Dans les groupes ouverts aux acquisitions nouvelles, c'est l'adjonction directe aux autres biens du groupe qui soumet le bien nouveau à l'emprise du droit ancien. Et cette adjonction résulte de la fongibilité établie entre ces biens par la soumission à une situation de fait et à une destination communes, au regard d'un droit déterminé. L'adjonction devance ainsi une subrogation réelle éventuelle et à laquelle il devient alors superflu de recourir.

Les deux procédés, accession et intégration à un groupe de biens entre lesquels est établie une fongibilité générale,

(49) On se rappelle que la confusion entre la fongibilité générale et la subrogation constitue un point essentiel de la théorie d'Aubry et Rau (cf. *supra*, N°s 10 et 18) et qu'elle a été critiquée par Capitant (*supra*, N° 38) et par M. Bonnecase (*supra*, N° 48).

(50) Planiol, II, N° 2550.

(51) *Op. cit.*, N° 2632.

(52) *Op. cit.*, N° 2865.

(52 bis) cf. *infra*, N°s 670 et suivants.

relevant de la même technique d'adjonction, sont tellement voisins qu'ils se rejoignent parfois expressément dans une parfaite concordance. Ainsi, l'hypothèque porte, de plein droit, sur tous les accessoires de l'immeuble hypothéqué (53). Cette règle crée entre ces biens une fongibilité générale, dont la raison et la limite sont précisément fixées par leur caractère commun qui est d'être accessoires à l'immeuble. Et dès lors que ce caractère est établi, la subrogation réelle devient superflue.

Il importe donc, à un double égard, de distinguer les procédés mettant en œuvre l'adjonction (accession et fongibilité générale) et la subrogation réelle. D'abord, sur le plan pratique, ils sont d'un maniement plus aisé et peuvent rendre les mêmes services que la subrogation lorsque le fonctionnement de celle-ci se trouve empêché. Ensuite, alors même que la subrogation réelle pourrait fonctionner, ils risquent, de la prévenir et de la supplanter, ce qui souligne l'intérêt théorique qu'il y a à éviter de les confondre avec elle, comme le fait, par exemple, le Code civil allemand (54).

b) Comment, alors, doit s'établir la distinction? Celle-ci concerne principalement la notion de contre-valeur ; aussi devrons-nous l'étudier avec l'objet de la subrogation (*infra,* N^os^ 317 et suiv.). La contre-valeur se distingue du bien absorbé par son individualité et, surtout, par sa provenance. Mais la différence entre les deux techniques, à ce dernier égard, est intimement liée au rôle de la disparition préalable de l'objet du droit, c'est-à-dire à notre présent propos. Même si la subrogation réelle aboutit en fait à une adjonction du bien nouveau à la partie subsistante de l'ancien, le droit ne porte jamais sur ce bien nouveau qu'à raison de la disparition d'une autre partie de l'ancien. *La disparition partielle de l'objet est la condition de la subrogation réelle, elle est indifférente à l'accession ou à la fongibilité générale.*

En somme, si la compétition entre les deux techniques résulte de la persistance du droit sur la partie subsistante de son objet (*supra,* début du N° 224), la différence entre elles s'établit en raison du rôle joué par la partie disparue. L'adjonction revêt ainsi un champ d'application plus vaste que

(53) Cf. Planiol et Ripert, XII, par E. Becqué, N° 382.

(54) V., notamment, l'article 717, al. 2, et l'article 818, al. 1^er^, ainsi conçu : « L'obligation de restitution s'étend aux *profits perçus, ainsi qu'à tout ce que le bénéficiaire gagne sur le fondement du droit qu'il a acquis* ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction de l'objet qu'il a acquis » ; Cf. Planiol et Ripert, III, par M. Picard, N° 35 ; Henry, thèse, pp. 81 et suivantes. Par cette confusion, le Code civil allemand souligne, du reste, le concours de l'accession et de la subrogation réelle à la réalisation des mêmes fins.

la subrogation réelle puisqu'elle peut s'opérer sans qu'une disparition préalable d'objet soit requise. Les domaines des deux procédés se recouvrent fortuitement dans le cas où l'objet du droit ayant partiellement disparu, l'adjonction à la partie subsistante et la subrogation à la partie disparue se présentent comme également possibles. C'est alors, surtout par les conditions exigées du bien nouveau, que la différenciation doit s'opérer. Nous la préciserons en étudiant ces conditions.

§ 3. — Les exceptions au principe

225. — Si la fluctuation partielle représente la règle normale, lorsqu'une partie seulement de l'objet a disparu, cette règle n'est pourtant pas inéluctable. La nature des choses ne s'oppose pas à ce qu'on lui apporte des exceptions. Alors qu'on n'imagine guère que la fluctuation puisse ne pas être totale lorsque l'objet du droit a entièrement disparu (*supra,* N° 211), il est, à l'inverse, parfaitement concevable que la fluctuation soit totale, alors même que l'objet n'a été que partiellement détruit, aliéné, etc... Il n'appartient, certes, pas à la volonté humaine (législative ou privée) de modifier le caractère total ou partiel d'une destruction ou d'une aliénation accomplie. Ce caractère est un fait que l'on ne peut que constater. Mais l'étendue de la *fluctuation,* en cas d'aliénation ou de destruction partielle, dépend, elle, de la volonté humaine. Le caractère partiel de la fluctuation dérive, en effet, avons-nous vu (*supra,* N° 222), de la persistance du droit sur la partie subsistante de l'objet. Telle est la règle normale. Mais rien n'empêche qu'en vertu d'une décision souveraine exceptionnelle, le droit ne subsiste pas sur la partie restante de son objet. Il a alors une tendance normale à disparaître définitivement ; et la question de la subrogation se pose dans les mêmes conditions qu'en cas de destruction ou d'aliénation totale, car la fluctuation est totale. Par le même mécanisme, la subrogation déroge à l'extinction (exceptionnelle, cette fois-ci) du droit.

Ce sont ces exceptions dont il nous faut donner quelques exemples.

226. — Le premier exemple résulte de la faculté souvent accordée, en matière de droits personnels, aux créanciers, d'obtenir la résiliation du contrat lorsque la chose due a partiellement péri (*ibid.*). Le créancier a alors une option entre l'extinction et le maintien de son droit sur la partie non détruite de la chose. Lorsque le créancier opte pour

l'extinction, il y a fluctuation totale de l'objet de son droit, tout comme si la destruction elle-même était totale (*supra*, N° 212). L'extinction du droit s'opère alors pour des causes objectives qui ne font pas obstacle à une subrogation réelle ultérieure.

On peut citer comme conférant une telle option au créancier, l'article 1182, al. 3 et 4, du Code civil relatif aux obligations conditionnelles, l'article 1601 concernant la perte partielle de la chose vendue, l'article 1722 permettant au preneur de demander, « selon les circonstances », la résiliation du bail lorsque la chose louée est partiellement détruite. Nous avons vu que cette résiliation était alors judiciaire (*supra*, N° 222). D'autre part, le critérium permettant d'apprécier le caractère total ou partiel de la destruction est la mesure dans laquelle la jouissance du preneur se trouve atteinte (*supra*, N^os^ 188 et 189). Les tribunaux, en pratique, n'accordent la résiliation que lorsque cette privation de jouissance, sans être évidemment totale, est très importante (55).

227. — Un autre exemple ressort de la législation sur les dommages de guerre. Reprenant, quant au fond, une disposition précédemment contenue dans l'article 12 de la loi du 12 juillet 1941, l'article 35 de la loi du 28 octobre 1946 reporte de plein droit, sur les biens reconstitués, les droits réels et les nantissements qui grevaient le bien sinistré (56). Or, en matière immobilière, ces droits réels, sauf précision spéciale, frappent le sol qui, lui, est indestructible (57). Ces droits réels n'en sont pas moins reportés, même si le bâtiment sinistré est reconstruit sur un autre terrain. Le texte prévoit même, en ce cas, une publicité spéciale (*infra*, N° 716).

Il parle, à ce sujet, d'« inscription », ce qui laisserait penser que les droits réels transportés se ramènent uniquement aux privilèges et hypothèques. Il ne semble pas, pourtant, qu'une telle restriction doive être admise sur la seule base d'un terme qui ne concerne que la publicité. Le principe du transport des droits réels est posé par le début du texte, qui est absolument général. Beaucoup moins complet que l'article 28 de la loi du 9 mars 1941 sur les remembrements (*infra*, N^os^ 628 et 715), il n'exclut même pas expressément les servitudes qui, par leur nature propre, seraient incompatibles avec un transport sur un autre terrain (*supra*, N° 201, et *infra*, N° 665). A cette exception près, on doit comprendre, dans la généralité du texte, tous les droits réels,

(55) Caen, 13 juillet et 14 décembre 1871, S. 1872. 2. 235 ; Paris, 9 juin 1874, D. 1877. 2. 52. V. Planiol et Ripert, X, par B. Perreau, N° 642.

(56) Cf. *infra*, N° 628.

(57) Cf. *supra*, N° 178.

tel l'usufruit, susceptibles d'être reportés sur un autre terrain. Or, il faut bien admettre, semble-t-il, qu'une fois transportés ainsi, les droits réels ne frappent plus l'ancien immeuble. On conçoit mal qu'un usufruit, par exemple, puisse, par application de l'article 35 de la loi du 28 octobre 1946, se voir attribuer deux objets : l'ancien immeuble et le nouveau.

L'article 35 prévoit une subrogation totale qui suppose une fluctuation totale. Or, cette fluctuation totale se produit à la suite d'une destruction partielle à l'égard des biens réels immobiliers qui portent, en principe, sur le sol indestructible. En effet, à l'égard de tels droits, toutes les destructions ne peuvent être que partielles (*supra,* N° 178).

228. — Un troisième exemple, assez remarquable, de fluctuation totale après destruction partielle est fourni par un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 28 janvier 1935 (58). Cet arrêt a décidé qu'en cas de destruction d'un immeuble donné, devant à ce titre être rapporté à la succession du donateur, l'obligation au rapport se transporte sur l'indemnité allouée au donataire en vertu de la loi de solidarité nationale du 8 avril 1930 (*infra,* N^{os} 652, texte, et note 162). La Cour de Montpellier, pour parvenir à ce résultat, a vu, dans le droit des héritiers au rapport, un droit de créance de corps certain auquel s'applique la subrogation prévue par l'article 1303 du Code civil (*infra,* N^{os} 651 et suiv.).

Or, la destruction qui, dans cette espèce, fut l'occasion d'une telle subrogation, résultait du changement de lit d'un cours d'eau, lequel avait recouvert puis ensablé la terre initialement donnée. Celle-ci, de ce fait, avait été rendue impropre à la culture et les héritiers créanciers du rapport ne la réclamaient point. Il est pourtant évident qu'elle pouvait, ultérieurement, reprendre de la valeur ; sa soumission au rapport présentait donc un intérêt pratique différé, mais certain. Sur le plan théorique, en tout cas, la « destruction » de la terre ne pouvait être que partielle, même au regard du droit de créance des héritiers, qui ne visait qu'à la restitution de l'objet donné (59). La terre arable enlevée, le droit des héritiers n'en subsistait pas moins sur le sous-sol qui continuait à représenter l'immeuble donné dans son identité physique. Mais il est fort notable que les juges, comme les

(58) D.H. 1935. 229.

(59) Rappelons que lorsque la prestation du débiteur se ramène à la simple remise ou à la restitution de la chose, elle disparaît dans les mêmes conditions que la matière même de la chose. Aussi, la condition d'identité joue-t-elle à l'égard de tels droits comme à l'égard des droits réels. Elle s'apprécie par rapport à la matière de la chose, cf. *supra,* N° 188.

demandeurs ont négligé cette considération. L'immeuble, initialement donné et provisoirement privé de sa valeur par le sinistre, a été expressément considéré comme ayant définitivement disparu pour le tout, et par suite comme soustrait à toute obligation au rapport, ce qui aboutissait à en laisser la propriété au donataire. Les motifs de l'arrêt de la Cour de Montpellier sont significatifs à cet égard : « Attendu, remarquent-ils, que le domaine de Font-Cendreuse acquis au prix de 360.000 francs, dont 220.000 avaient pour origine la perte de Moulins-Trincats (60), a pris, a due concurrence (61) dans leur patrimoine *la place de la terre disparue...* ».

Ainsi, une destruction nécessairement partielle de l'immeuble donné a été considérée comme entraînant une fluctuation totale de l'objet du droit des héritiers au rapport. Si cette solution peut paraître contestable, elle n'en atteste pas moins la parfaite possibilité d'une fluctuation totale consécutive à une destruction partielle ; c'est à ce titre que nous la relevons ici.

CONCLUSION

229. — Au terme de cette étude, le domaine de la subrogation se révèle, dans ses grandes lignes, limité par deux catégories de règles juridiques. Les unes, comme l'ensemble des clauses de dissolution des aliénations, le droit de suite, la règle *genera non pereunt,* visent des buts étrangers à la subrogation réelle et ne s'opposent à celle-ci que par voie de conséquence et sur un plan purement technique. Les autres, au contraire, visent les mêmes buts que la subrogation et exercent à son encontre une concurrence spécifique et

(60) Tel était le nom de la terre initialement donnée, puis submergée et ensablée à la suite du changement de lit de l'Orb, en 1928.

(61) L'arrêt de la Cour de Montpellier ne soumet pas l'immeuble acquis en remploi au rapport en nature. Cet immeuble ne représentait, du reste, que partiellement l'immeuble donné. Le rapport a été imposé en moins prenant pour une somme calculée à l'ouverture de la succession, proportionnelle au montant de l'indemnité par rapport au prix d'achat total de l'immeuble.

fonctionnelle : telles sont les indisponibilités en nature, la dotalité incluse, l'accession, la fongibilité générale établie entre les biens appartenant à un même groupe.

De ces deux séries de règles, la première peut paraître de peu d'intérêt, car elle représente l'ensemble très vaste du droit commun, dont les rapports avec la subrogation réelle semblent assez accidentels. Nous avons pourtant cru devoir insister sur elle, car ces rapports dérivent de la nature technique des choses qu'il nous paraît essentiel de dégager. De plus et surtout, ils révèlent des liens unissant la subrogation réelle à l'ensemble complexe du système juridique général, dans l'enchevêtrement duquel elle s'imbrique intimement et auquel elle doit se soumettre. Cette connexion nous a semblé mériter, d'autant plus, d'être soulignée, que toutes les théories élaborées par la doctrine pour décrire le jeu de la subrogation réelle, ont cantonné celle-ci dans des groupes de cas rendus rigides par leur seule énumération (1), et ont finalement abouti à réserver à la subrogation un domaine à part, séparé du droit commun par un écran artificiel et arbitraire. La subrogation réelle n'est pas enfermée dans une sorte de tour d'ivoire. Elle puise son occasion dans le jeu de toutes les règles que comporte le système juridique. C'est ainsi replacée dans le courant du commerce juridique, que la subrogation apparaît sous son véritable jour. Son domaine se révèle théoriquement fort vaste, étendu notamment par des règles (comme celles de l'article 2279, al. 1er, du Code civil ou de l'usucapion) neutralisant la concurrence dont la dissolution des aliénations menace la subrogation (*supra*, Nos 207 et 208). Mais le fait de situer la subrogation au sein du droit commun met, ainsi, en lumière les contradictions essentielles qui l'opposent aux conceptions juridiques traditionnelles (*supra*, Nos 215 et suiv.). En cela réside, sans doute, l'enseignement primordial que l'on doive retirer de l'étude du domaine de la subrogation ainsi comprise. Il n'était possible de retirer un tel enseignement qu'en rompant totalement avec les méthodes trop casuistiques qui semblent avoir, le plus souvent, inspiré l'étude de la subrogation réelle.

Cette remarque, qui incite d'ores et déjà à une certaine prudence dans le maniement de la subrogation réelle, en rejoint une seconde. Si le domaine théorique de la subrogation, délimité par les règles du système juridique général,

---

(1) Cf. la distinction classique entre les titres universels et particuliers (*supra*, Nos 16 et suivants) ; la distinction moderne entre les biens affectés et ceux soumis à restitution (*supra*, Nos 28 et suivants) ; la classification de Capitant opposant les cas où la subrogation joue un rôle technique à ceux où elle satisfait l'équité (*supra*, Nos 39 et suivants).

paraît fort vaste, son domaine utile est beaucoup plus restreint. Ce domaine utile est cantonné par les règles et institutions dont les buts sont identiques à celui de la subrogation. Cette dernière est alors supplantée par des procédés qui, comme l'indisponibilité en nature, la dotalité incluse ou l'accession, permettent d'atteindre les mêmes fins. Mais il importe de remarquer que cette concurrence spécifique qui, au premier abord, aurait pu paraître seule intéressante, ne s'explique vraiment que par l'enseignement retiré du replacement de la subrogation au sein du droit commun. La subsidiarité de la subrogation réelle, par rapport à ces autres procédés concurrents, ne s'impose pas *à priori*. Elle s'explique, au contraire, assez facilement, le caractère dérogatoire de la subrogation par rapport aux conceptions juridiques les plus traditionnelles une fois admis et mis en évidence. On conçoit, alors, qu'on ne doive recourir à un tel procédé qu'à défaut de tout autre cadrant mieux avec la technique juridique générale. Et, cette condition étant réalisée, l'utilisation de la subrogation réelle se trouve, de plus, subordonnée à certaines servitudes que nous aurons à préciser (*infra*, N^os^ 479 et suiv., 551 et suiv., 590 et suiv.). Nous venons d'en rencontrer les prémisses précisément en nous efforçant de situer le domaine de la subrogation au sein même du droit commun, sans nous limiter à l'examen des concurrences spécifiques d'un accès plus facile, mais finalement moins riches d'enseignement.

TITRE II

L'OBJET DE LA SUBROGATION RÉELLE

230. — L'objet de la subrogation réelle n'est autre que celui du remplacement, à quoi se ramène toute la subrogation (1). Or, l'objet du remplacement peut être entendu en deux sens différents, et s'identifier soit au bien remplacé, soit au bien remplaçant. Si le bien ancien, qui a cédé sa place, représente l'objet passif de l'opération subrogatoire, le bien nouveau en constitue l'objet actif, dans toute la mesure où il est à même d'occuper la place laissée vacante. Et c'est précisément considéré dans cet aspect actif, que l'objet de la subrogation soulève des problèmes qui lui sont propres (2) et qui prennent naturellement une place importante dans la théorie de la subrogation réelle. Il convient, en effet, de rechercher quelles conditions le bien nouveau doit remplir pour pouvoir remplacer l'ancien comme objet d'un droit déterminé.

On rencontre, à cet égard, une affirmation souvent avancée par la doctrine (3) : le bien nouveau doit constituer la *contre-valeur* de l'ancien, c'est-à-dire *représenter* la même valeur que lui. Cette condition peut sembler naturelle. C'est sans doute pourquoi les auteurs, qui ne la passent pas sous

(1) Cf. *supra*, N°s 65 et suivants.

(2) Considéré sous son aspect passif, l'objet du remplacement nous a conduit, en réalité, à circonscrire le domaine de la subrogation en recherchant à quelles conditions le bien ancien cesse de constituer l'objet du droit.

(3) Cf. Henry, tout au long de sa thèse citée ; Planiol, III, N° 922, note 1 (cf. *supra*, N° 31) ; Bonnecase, *supra*, N° 52, 4°.

silence (4), se contentent de la mentionner plus ou moins fréquemment. Elle soulève pourtant d'importantes difficultés, dont certaines ont été amplement discutées (5) et, la plupart, simplement ignorées (6).

Le premier problème à résoudre consiste à déterminer les éléments fondamentaux de la « représentation réelle ». Quelle réalité prétend-t-on exprimer exactement quand on déclare que la contre-valeur doit être la « représentation exacte » de la valeur originaire? M. Henry, notamment, utilise largement cette expression (7), mais sans donner la moindre analyse objective de cette représentation, qui contient pourtant la notion même de contre-valeur. C'est cette analyse que nous nous proposons d'entreprendre d'abord (chapitre premier).

Nous dégagerons ensuite, par un travail de synthèse, la signification de la notion de contre-valeur, et rechercherons pourquoi cette notion est ainsi constituée. Nous serons amenés, du même coup, à caractériser la notion de subrogation réelle par celle de contre-valeur, c'est-à-dire par son objet (chapitre II).

Nous éluciderons, enfin, des difficultés d'un autre ordre relatives à la preuve des éléments fondamentaux de la contre-valeur (chapitre III).

---

(4) Tel Capitant, *Rev. trimestr. dr. civ*, 1919, pp. 385 et suivantes ; cf. *supra*, N^{os} 37 et suivants.

(5) Comme la représentation du bien détruit par l'indemnité d'assurance, cf. Henry, thèse, pp. 272 et suivantes.

(6) Il en est ainsi de l'analyse générale de la notion de contre-valeur, de sa signification et de sa preuve.

(7) V. Henry, thèse, p. 270.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

231. — Le premier problème qui se pose pour préciser la notion de contre-valeur consiste à rechercher quels sont les éléments constitutifs de cette notion. Nous entreprendrons cette recherche dans une première section. Il nous faudra, ensuite, déterminer le rôle exact joué cumulativement et respectivement par ces éléments dans la formation de la notion de contre-valeur (section II). Nous préciserons, enfin, le domaine technique, le rapport juridique, dans lequel toute cette analyse doit être conduite, afin d'éviter des confusions atteignant le concept même de la subrogation réelle (section III).

SECTION I

LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA CONTRE-VALEUR

232. — Un premier élément se présente, dès l'abord, comme propre à constituer la notion de contre-valeur : c'est *l'équivalence* entre le bien nouveau et l'ancien. Il paraît, *à priori*, désirable que pour représenter le bien ancien et se substituer à lui, le bien nouveau soit d'une valeur égale à celle de l'ancien. Cette exigence semble d'autant plus naturelle que la subrogation réelle fait surtout ressortir la valeur

d'échange des biens (1) ; et cette valeur d'échange traduit une conception quantitative (2). La subrogation réelle, procédé conservatoire par excellence, semble avoir pour mission normale de conserver intégralement le montant des valeurs contenues dans les biens.

Mais cet élément, purement quantitatif, n'est pas le seul à donner un objet valable à la subrogation. La *provenance* matérielle du bien nouveau paraît devoir dicter le remplacement de façon aussi impérieuse que l'équivalence. Si le bien nouveau provient de l'ancien, comme la créance du prix de vente provient du bien vendu ou comme le bien acheté provient du prix, il paraît avoir une vocation naturelle à le remplacer en tant qu'objet d'un droit déterminé. Lorsque le bien nouveau provient de l'ancien, il identifie la même valeur que lui. Et cette individualité de la valeur, qui se retrouve successivement dans deux biens distincts, justifie, autant que l'équivalence, la permanence du régime juridique appliqué à ces biens et, par conséquent, la subrogation. Par exemple, si l'objet matériel du droit propre d'un époux commun en bien est vendu et si, avec le prix de vente, un nouveau bien matériel est acheté, il paraît *a priori* normal que ce dernier bien soit propre lui aussi parce qu'en raison de son origine il identifie la même valeur que l'ancien ; et cette valeur était propre.

Ainsi, l'équivalence et la provenance se présentent comme les deux éléments fondamentaux de la notion de contre-valeur. Nous devons les analyser, afin de déterminer en quoi ils consistent.

§ 1er. — L'équivalence

233. — Si l'équivalence joue dans l'ensemble du droit privé un rôle complexe et étendu (3), sa notion est en elle-même fort simple. Elle fait appel à une conception purement quantitative des valeurs, considérées dans leur seul montant. Cette conception de la valeur est, à coup sûr, la plus répandue et même la plus spontanée. Evaluer un bien, c'est seulement chiffrer la valeur d'échange qu'il contient. Et dire que ce bien est équivalent à un autre, c'est dire que sa valeur est égale à celle de cet autre. Aussi n'aurons-nous pas à nous étendre sur la notion même d'équivalence, qui ne prête à aucune confusion, et nous bornerons-nous à remarquer que si le principe ainsi dégagé est fort net, son appli-

(1) Cf. *supra*, N° 72.
(2) *Ibid*, et Henry, thèse, p. 379, note 2.
(3) Cf. Maury, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920.

cation laisse place à une grande imprécision. Le montant de la valeur des biens dépend de facteurs qui varient à l'extrême selon les circonstances. Il n'est jamais fixé que par le moyen d'estimations numériques et pécuniaires relevant d'appréciations en plus ou moins grande partie subjectives, et parvenant à des approximations jugées suffisantes plus qu'à des chiffres absolus. Finalement, les évaluations obéissent à des règles qui régissent chaque type d'opération juridique dont les biens font l'objet. Et si, à l'intérieur de ces cadres, bien des imprécisions sont tolérées, les chiffres régulièrement fixés n'en doivent pas moins être considérés comme exprimant la valeur exacte des biens.

Ce qui importe, c'est donc de rechercher, pour chaque type d'acte juridique particulier par lequel la fluctuation, occasion de la subrogation, se réalise, à quelles règles obéit l'évaluation du bien, objet de l'acte. Ces règles sont assez disparates. Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner deux cas particuliers, par exemple la vente et l'évaluation des indemnités de responsabilité.

234. — La *vente* est l'acte juridique qui met en œuvre, de la façon la plus certaine, la notion d'équivalence. Elle suppose, nécessairement, un prix (4) dont la fixation représente, en principe, le montant exact de la valeur d'échange du bien vendu.

Mais ce principe ne se trouve théoriquement respecté que dans la vente aux enchères. Dans cette sorte de vente, le débat privé entre le vendeur et l'acheteur étant remplacé par une concurrence publique entre plusieurs acheteurs éventuels, permet de présumer que le chiffre d'adjudication au dernier enchérisseur exprime la valeur objective maximum du bien vendu au moment de la vente. Telle est bien la raison pour laquelle le législateur recourt à une telle procédure lorsqu'il entend protéger les intérêts du vendeur, par exemple quand celui-ci est un mineur (articles 452 et 459 du Code civil). Mais il faut se garder, à cet égard, de conclusions strictement logiques. La pratique enseigne que les biens se vendent souvent à des prix plus bas par la voie des enchères qu'à l'amiable. Ce résultat s'explique peut-être psychologiquement par le fait que la concurrence publique des enchérisseurs ne saurait parvenir à fixer le prix de vente à un chiffre aussi élevé que celui que peut obtenir un vendeur amiable défendant directement ses intérêts. Dans la mesure où les deux modes d'évaluation aboutissent effectivement à des résultats différents, on ne saurait dire, en tout cas, lequel des deux exprime la valeur exacte, absolue, du bien vendu.

---

(4) Cf. Planiol et Ripert, X, par J, Hamel, N^{os} 35 et suivants.

Le prix de vente amiable ne saurait, en effet, servir de critérium d'une évaluation objective et absolue. Il se détermine selon les données d'un strict consensualisme et n'exprime en soi que l'accord très particulier entre l'acheteur et le vendeur. Le droit laisse à cet accord la liberté la plus grande. Le prix de vente doit, certes, exister et pour cela ne pas être inférieur à certaines limites au-dessous desquelles il serait dérisoire (5). Mais, sous cette réserve peu gênante, les parties demeurent libres de le fixer comme elles l'entendent sans se voir menacées par une éventuelle rescision pour lésion, exclue sur le plan général (6). Est-ce à dire, pour autant, que les prix de vente n'expriment jamais que des appréciations strictement personnelles aux parties et qui sont, pour cette raison, infiniment variées, voire fantaisistes, au point de ne pouvoir dégager aucune notion objective, même et simplement approximative d'équivalence ? Evidemment non. Les prix amiables s'établissent généralement en fait, à l'intérieur de certaines limites propres à certains biens. Il existe des cours qui, même lorsqu'ils ne sont pas aussi précis que ceux établis dans les bourses de valeurs ou de marchandises (7), dégagent la valeur d'échange de chaque type de bien à un moment donné. Certes, ces cours officieux n'expriment, le plus souvent, que des ordres de grandeur et laissent place, même en fait, à des modifications de prix dues aux convenances particulières des parties. Ils n'en fournissent pas moins une estimation approximative, sinon rigoureuse, de l'équivalence considérée au regard du moins de la vente. Et cette estimation est suffisamment objective pour qu'on s'y réfère juridiquement dans les cas exceptionnels où le droit impose une conception stricte de l'équivalence. Il le fait parfois en raison de l'importance du bien vendu (ainsi, dans la vente d'immeubles, le prix ne saurait descendre au-dessous des 7/12es de la valeur de l'immeuble) (8), parfois dans le souci de protéger l'un des contractants contre l'exploitation éventuelle de l'autre (la lésion devient une cause générale de rescision si un mineur est partie à l'acte, article 1305 du Code civil). La lésion, qu'une limite chiffrée lui soit ou non imposée, s'apprécie alors par rapport à une valeur objective du bien vendu ; ce qui prouve que cette valeur objective existe dans la pensée du législateur. Elle n'est autre que le cours officieux du bien vendu, tel qu'il se fixait au moment de la vente. Sauf à noter que le caractère simplement approximatif de ces cours entraîne,

(5) *Op. cit.*, N° 41.

(6) Ripert et Boulanger, II, N^{os} 272 et suivants.

(7) Encore fait-il remarquer que les cours de bourse sont parfois influencés par des manœuvres qui les faussent et qu'il serait superflu d'énumérer ici, cf.

(8) Ripert et Boulanger, II, N° 273.

naturellement, la nécessité d'une expertise en cas de contestation particulière. Et l'expertise aboutit à un chiffre précis, mais qui relève forcément d'une appréciation personnelle de l'expert.

La fixation du prix de vente repose donc, incontestablement, sur la notion d'équivalence. On peut même dire qu'elle est l'opération-type qui détermine cette équivalence. Mais on voit combien cette détermination est inapte à dégager des valeurs absolues et se borne à des approximations qui, même lorsqu'elles sont portées à leur plus grande rigueur, n'excluent ni l'imprécision, ni les appréciations subjectives.

235. — La même remarque vaut pour la fixation des *indemnités de responsabilité*. Les principes fondamentaux qui dominent la responsabilité civile et l'action reipersécutoire commandent de proportionner la réparation des dommages non à la gravité de leur cause, mais à leur étendue (9). Il s'ensuit que lorsque le dommage souffert par un patrimoine consiste dans la destruction d'un bien, hypothèse qui intéresse la subrogation réelle, l'indemnité de responsabilité doit être égale à la valeur du bien. La notion d'équivalence commande la fixation des indemnités tout comme celle des prix de vente.

Mais ici encore, si le principe est net, l'application ouvre la porte aux imprécisions.

a) La nature même du bien détruit jette parfois la confusion sur la détermination de sa valeur. Ainsi, l'indemnité de non-renouvellement d'un bail commercial allouée au commerçant en application de la loi du 30 juin 1926 (article 4, modifié par la loi du 18 avril 1946), dans la mesure où elle compense la perte du droit au bail (*infra*, N° 244), doit être égale à la valeur de cet élément du fonds de commerce. Mais il est fort difficile d'attribuer au droit au bail une valeur propre, indépendante de celle des autres éléments du fonds. Du droit au bail, c'est-à-dire du droit de maintenir le fonds sur son emplacement, dépendent la clientèle, l'achalandage, l'adaptation du local au commerce considéré, éventuellement la conservation des marchandises et des stocks, etc... Pratiquement, le plus souvent, c'est toute la valeur du fonds qui dépend du droit au bail. De sorte que la valeur de celui-ci se ramène généralement à la valeur du fonds entier, c'est-à-dire à celle des autres éléments, et que la privation du droit au bail équivaut, très souvent, à la perte de la valeur du fonds. C'est pourquoi l'article 4 de la loi du 30 juin 1926 (modifié par la loi du 18 avril 1946), après avoir recommandé au juge de « tenir compte de tous les éléments de perte », ajoute, dans son aliéna 3, que « l'in-

(9) Planiol, II, N°s 883 et suivants.

demnité sera au moins égale à la valeur du fonds ». Mais tout dépend, en cette matière, des circonstances. Et il se peut que la valeur du droit au bail ne soit égale qu'à une partie de celle du fonds. Aussi, la règle de l'article 4, alinéa 3, n'est-elle qu'une présomption et il appartient au bailleur de prouver que la valeur du droit au bail était moindre.

On voit, par cet exemple, combien le principe simple de l'équivalence est, dans certains cas, d'une mise en œuvre délicate.

b) D'autres difficultés sont apparues, sur un plan plus général, lorsqu'il s'est agi de déterminer la date à laquelle il convient d'évaluer le dommage et, par conséquent, le bien détruit. On peut hésiter, à cet égard, entre au moins deux dates : celle de la destruction du bien et celle de l'allocation de l'indemnité. Aucune d'elles ne conduit à une notion plus satisfaisante de l'équivalence. La première solution applique une notion stricte, en tenant compte de la valeur du bien au dernier moment de son existence. La seconde met en œuvre une sorte d'équivalence virtuelle, en conduisant à rechercher la valeur qu'aurait eue le bien au moment où l'indemnité est fixée, c'est-à-dire à une époque où il n'existe plus. Mais comme cette évaluation se fait pratiquement toujours d'après la valeur objective des biens de même type à une date déterminée, tout comme dans la vente (*supra*, N° 231), elle n'est en rien gênée par le fait qu'au moment où on y procède le bien évalué a disparu. La seconde solution ne traduit donc pas une conception plus imparfaite de l'équivalence. Et, sur le plan de la réparation des dommages, elle semble même devoir être préférée à la première. Elle aboutit, en effet, à faire réparer le dommage tel qu'il existe intégralement au moment même de la réparation, ce qui est normal, puisqu'il convient de réparer en principe le dommage dans toute son étendue. Telle est bien la solution à laquelle la jurisprudence s'est rangée. L'évaluation du dommage se fait, en principe, au jour où l'indemnité est allouée, c'est-à-dire, en cas de contestation judiciaire, au jour où le juge condamne le responsable (10). Si l'on arrive ainsi à une solution précise, on voit que c'est plus par l'effet d'une règle prétorienne, fondée sur les principes qui commandent la responsabilité, que par une donnée tirée de la stricte notion d'équivalence dont les impératifs demeurent vagues.

Les raisons qui justifient la solution jurisprudentielle pourraient, du reste, conduire plus loin. Lorsqu'un bien est

(10) Cf. Req., 20 juillet 1852, D. 52. 1. 248 ; Req., 24 mars 1942, *Gaz. Pal.*, 1942. 1. 224. H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile, T. III*, N°s 2420 à 2425, v. Derrida, *L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation, J.C.P.* 1951. 1. 918.

détruit, le préjudice, même simplement matériel, souffert par son propriétaire est-il vraiment limité à la valeur de ce bien ? Ne s'étend-il pas, en réalité, aux frais rendus nécessaires par la reconstitution (reconstruction, achat d'un nouveau bien) à laquelle se trouve éventuellement astreint le propriétaire ? Rien n'empêche de le penser, sauf à remarquer que l'indemnité de reconstitution ne ressortit plus à la notion d'équivalence envisagée par rapport au bien ancien. Elle se fixe selon la valeur du bien nouveau sans rattacher celle-ci au bien ancien. Et ces deux valeurs peuvent être différentes. Par exemple, la valeur courante d'une maison est souvent fort différente du coût de construction d'une maison analogue. La jurisprudence enserre, en principe, la notion de préjudice dans celle d'équivalence avec le bien ancien. Le préjudice résulte de la perte d'une valeur patrimoniale existante ; il n'y a perte que d'éléments anciens disparus. Aussi l'indemnité de responsabilité ne comprend-elle, en principe, que la valeur du bien détruit et non les frais nécessaires à l'achat ou à la reconstruction, même indispensable, d'un autre bien (11). Mais il arrive que, dans certaines circonstances particulières, l'indemnité soit égale aux frais de reconstitution. Tel est le cas des indemnités de dommages de guerre. La loi du 28 octobre 1946 (12), délaissant la position prise par les lois des 11 octobre 1940 et 12 juillet 1941 (13), qui n'offraient aux sinistrés par faits de guerre qu'une contribution partielle aux frais de reconstruction, et revenant aux principes posés en 1919, proclame la solidarité de tous les Français devant les charges nées de la guerre (article 1er), ce qui conduit à reconnaître aux sinistrés un droit de réparation intégrale des dommages par eux subis (article 2). Les indemnités allouées en application de la loi du 28 octobre 1946 sont donc des indemnités de réparation. Mais cette loi est aussi une loi de reconstruction. Elle favorise la reconstitution effective des biens détruits. Aussi est-elle amenée à créer deux sortes d'indemnités de dommages de guerre. Si le sinistré ne reconstruit pas, il a droit à une indemnité d'éviction dont le montant est forfaitairement fixé, sans tenir compte de la valeur exacte du bien ancien, à 30 % de l'indemnité qu'il aurait eue s'il avait reconstruit (article 19). Cette dernière indemnité, qui répond à une hypothèse désirée par le législateur, est égale « à l'intégralité du coût de de reconstitution du bien détruit, tel qu'il se comportait

(11) Ripert et Boulanger, T. II, N° 1151.

(12) J.O., 29 octobre 1946. V. aussi décret du 31 décembre 1946 portant règlement d'administration publique, J.O., 2 janvier 1947. V. commentaire de ces textes par de Baecque, Henry-Gréard et Merveilleux du Vignaux, J.C.P. 1947. 1. 612.

(13) Cf. Paul Esmein, commentaire, *Gaz. Pal.*, 1940. 2. Doct., p. 46 ; H. Solus, *Lois nouvelles*, p. 319.

au moment du sinistre » (article 15). Il faut, toutefois, en déduire des abattements de vétusté ou de mauvais état (article 15, al. 2) et en exclure toute évaluation des aménagements ou éléments purement somptuaires que pouvait comporter le bien détruit (article 16). Ainsi, si les indemnités de la loi de 1946 se calculent en tenant compte du bien détruit, elles ne sont pas, en principe (14), simplement équivalentes à ce dernier puisqu'elles sont calculées en fonction des frais de reconstruction, du reste forfaitairement évalués selon des règles posées par les articles 20 et 21. Ce sont, certes, des considérations particulières, propres à l'hypothèse envisagée par la loi du 28 octobre 1946, qui commandent ces évaluations. Il nous importe, seulement, de relever que la non-équivalence existant entre le bien détruit et l'indemnité ou le bien reconstruit n'empêche pas de considérer ces derniers comme « représentant» le premier. L'authenticité de cette représentation, dans l'esprit du législateur, est attestée non seulement par le terme « reconstitution » employé par la loi, mais encore par la solution positive édictée par celle-ci : les biens reconstitués, comme l'indemnité d'éviction, sont subrogés au bien sinistré en tant qu'objet des droits réels frappant ledit bien (article 35) (15). C'est donc que cette représentation peut reposer sur un autre élément que l'équivalence. Cet autre élément est la provenance matérielle. C'est lui qu'il nous faut maintenant analyser.

§ 2. — La provenance

236. — C'est surtout à la provenance du bien nouveau que l'on songe lorsqu'on affirme qu'il est la contre-valeur de l'ancien. L'expression même de contre-valeur implique une unité de valeur qui subsiste à travers un échange (ce mot étant ici entendu dans son sens le plus large) de biens matériels. Cette valeur unique demeurant individualisée et identifiée malgré la fluctuation de sa forme matérielle, donne tout son sens à la « représentation réelle ». Les biens représentant successivement cette même valeur se représentent entre eux. L'idée de représentation repose donc, principalement, sur l'identification et la permanence d'une valeur individua-

(14) Il faut toutefois noter qu'aux termes de l'art. 21, 1°, le coût de reconstitution du mobilier, courant ou familial, est considéré comme égal à la valeur du mobilier détruit, pourvu que le sinistré apporte la preuve de cette valeur. Il y a alors équivalence entre le bien détruit et l'indemnité de reconstitution. Mais c'est là l'application d'un forfait et non l'expression d'une réalité effectivement constatée.

(15) Cf. *infra*, N° 628.

lisée. Or, très spontanément, on n'admet la représentation d'une même valeur individualisée, par deux biens, que lorsque ceux-ci sont liés entre eux par un lien économique, et plus précisément si l'apparition du second, dans un patrimoine déterminé, a pour origine la disparition du premier. L'idée de provenance joue ainsi un rôle majeur dans la notion de représentation réelle.

Si l'exigence de la provenance matérielle de la contre-valeur apparaît ainsi avec la netteté d'une donnée immédiate et spontanée (16), il s'avère plus délicat de déterminer en quoi cette provenance consiste exactement. Là encore, tout paraît clair tant que l'on s'en tient à une vue superficielle des choses. La provenance implique essentiellement l'idée d'origine. C'est en ce sens que l'on voit affirmer, par exemple, qu'entre le bien disparu et celui advenu en remplacement doit exister un lien de «filiation directe» (17). Il est aisé de discerner la vérité que l'on entend traduire par ces expressions. Que, par exemple, un bien soit vendu ; dans le patrimoine du vendeur, la créance du prix provient du bien vendu, tout comme les deniers par le versement desquels elle s'éteint. Qu'avec ces deniers un bien soit racheté, ce dernier provient directement de ces deniers et indirectement du bien initialement vendu. A travers plusieurs opérations, on trouve ainsi une filière qui permet de suivre la même valeur économique, employée à des fins variées et représentée par des biens matériels différents. Ramené à cette constatation, le sens de la provenance est simple et ne paraît pas recéler d'obscurité .Une théorie cohérente de la subrogation réelle ne saurait pourtant s'accommoder d'une vue aussi élémentaire sur un point aussi important. Une analyse plus serrée, ne se bornant pas à des affirmations aussi vagues qu'expressives et imagées, s'impose pour essayer de déterminer à quoi se ramène ce lien de « filiation » établi entre deux biens.

Cette analyse doit porter sur un élément simple de fluctuation, donnant éventuellement lieu à ce que l'on appelle parfois une subrogation directe ou au premier degré (*infra*, N° 351), et non sur une combinaison d'éléments simples aboutissant à des subrogations dites indirectes, qui ne sont que des successions de subrogations directes. Mais, sur ces bases essentielles, l'analyse doit avoir une portée générale rendant compte des aspects multiples que peut revêtir, selon les circonstances, le lien de provenance et permettant de le déceler ou, au contraire, de le nier dans les cas les plus

(16) Nous aurons, du reste, à en apprécier toute la signification, cf. *infra*, chap. II.

(17) Cf. Bonnecase, v. *supra*, N° 52, 4°.

complexes avec un minimum de certitude. Il semble qu'en droit positif, la provenance se ramène à un lien de corrélation matérielle établi, par rapport à un même patrimoine, entre la disparition du bien ancien et l'apparition du bien nouveau. Et ce lien de corrélation peut s'exprimer ainsi : *La disparition d'un bien rattaché à un patrimoine déterminé doit être, sur un plan strictement réel, la cause directe de l'apparition d'un bien nouveau dans le même patrimoine* (18). Cette corrélation étroite et immédiate entre ces deux faits est toujours voulue par la volonté qui décide l'apparition du bien nouveau (loi, particuliers).

Il convient de rechercher le bien-fondé de cette formule, en la vérifiant, dans les deux grandes sortes de fluctuations qui peuvent se présenter : les fluctuations contractuelles et non contractuelles.

Article premier. — FLUCTUATIONS CONTRACTUELLES

237. — Le type le plus net et le plus courant de contrat propre à entraîner des fluctuations matérielles, dans un patrimoine déterminé, est *la vente*. Non seulement la créance

(18) Nous étudions, ici, sur un plan général, le lien de provenance envisagé par rapport à un même patrimoine, précisant ainsi la relativité de l'analyse qui va suivre. Mais, en réalité, cette relativité est encore plus stricte car elle concerne plus précisément un *élément* de ce patrimoine considéré comme objet d'un droit déterminé à conserver par subrogation réelle. Nous négligeons cette précision dans l'analyse générale afin de rendre celle-ci plus claire. Car, si nous faisions cette analyse par rapport au droit, la formule énoncée au texte cesserait d'être suffisante, le remplacement s'identifiant alors avec la subrogation réelle et supposant, par là même, d'autres conditions que celle de provenance (cf. notamment *supra*, N°s 75 et suivants). La démonstration se trouverait compliquée par l'intervention de ces conditions étrangères à notre présent propos. En étudiant la provenance par rapport au patrimoine seulement, on la dissocie de ces autres conditions et on souligne que la subrogation n'est pas subordonnée à elle seule, un bien pouvant provenir d'un autre dans un patrimoine sans, pour autant, le remplacer nécessairement comme objet d'un droit précis. Mais, il est entendu que l'analyse de la provenance vaut *a fortiori* à l'égard de ce droit. Du reste, il arrive que la provenance doive s'analyser uniquement par rapport au droit et non par rapport au patrimoine. Il en est ainsi lorsque la fluctuation se réalise par disparition et apparition corrélatives, non dans le patrimoine, mais uniquement dans l'objet du droit. C'est ce qui arrive en cas de désaffectation d'un bien et de réaffectation d'un autre bien du même patrimoine à l'objet d'un droit. On ne peut alors parler de disparition et d'apparition corrélatives dans le patrimoine ; celles-ci ne concernent que le droit, et l'analyse de la provenance demeure la même à cet égard. Mais de tels cas sont très exceptionnels et il nous suffira d'en relever l'originalité en les rencontrant (cf. *infra*, N° 280). Nous précisons seulement ici que l'analyse que nous

du prix représente une valeur tenue pour égale à celle du bien vendu (*supra*, N° 234), mais encore elle provient de ce dernier, au sens que nous venons de dégager. La disparition du bien vendu du patrimoine du vendeur est, en effet, la cause directe et immédiate de la naissance, dans ce même patrimoine, de la créance du prix. Il existe entre les deux mouvements de valeurs accomplis dans ce patrimoine, un lien de corrélation matérielle voulu par les parties et qui participe de la nature du contrat de vente. C'est pourquoi la créance du prix provient directement et immédiatement du bien vendu. Nous verrons même qu'elle constitue la contre-valeur type et qu'elle occupe, à ce titre, une place éminente dans la théorie actuelle de la subrogation réelle (19).

La même analyse de la provenance s'applique pourtant à d'autres opérations ou à d'autres contrats que la vente, par exemple à *l'échange*. Il est clair, également, que le bien *acheté* provient des deniers qui ont servi à l'acquisition, tout comme la créance du prix provient du bien vendu et pour les mêmes raisons.

C'est pourquoi *le remploi* révèle, dans ses deux temps, un lien très net de provenance qui constitue, du reste, la caractéristique de cette opération. Certes, dans le remploi, l'aliénation peut sembler n'être que la cause indirecte de l'acquisition ultérieure, la cause directe résidant simplement dans le paiement du prix. Le remploi ainsi présenté ne satisfait pas aux conditions de la provenance telles que nous les avons annoncées. Une telle conclusion serait une erreur. Elle méconnaîtrait ce point essentiel, précédemment précisé (19 bis), que l'analyse de la provenance s'applique à un élément simple de fluctuation, c'est-à-dire à une opération s'accomplissant en un temps. C'est alors que la disparition du bien ancien doit être la cause *directe* de l'apparition du bien nouveau ; c'est-à-dire que le second mouvement de valeur doit être lié au premier sans que s'intercale un autre fait, en l'absence duquel le bien nouveau ne serait pas apparu. Ainsi entendue, la causalité directe (et réelle) à quoi se ramène la provenance n'est pas méconnue dans le remploi. Cette opération comporte deux temps et, par suite, deux causes directes, et non une seule causalité indirecte. La variété

---

faisons par rapport au patrimoine, pour plus de clarté et parce qu'elle répond à l'immense majorité des hypothèses (la quasi totalité des fluctuations concernant *à la fois* un droit et un patrimoine, telles les aliénations, pertes, destructions et les acquisitions), vaut *a fortiori* à l'égard du droit, l'erreur à éviter étant toujours d'analyser la corrélation entre les deux mouvements inverses de valeurs par rapport à deux patrimoines différents.

(19) Cf. *infra*, N° 263.

(19 bis) Cf. *supra*, N° 236.

des combinaisons auxquelles le fonctionnement du remploi donne lieu révèle, du reste, la souplesse du lien de provenance. Normalement, le remploi suppose une chronologie ; la vente doit précéder l'achat, lequel est effectué avec les deniers du prix de vente. Cet ordre est logique : on ne peut parler de deniers provenus de la vente que si celle-ci est déjà intervenue et son prix versé. Mais la pratique du droit patrimonial, dans lequel le remploi joue un rôle important, a été amenée à renverser l'ordre des opérations ; les époux, saisissant une bonne occasion, commencent par acheter un bien, dans des conditions favorables, avec l'intention de payer cette asquisition avec le prix d'une aliénation non encore réalisée. Il s'agit alors d'un « remploi par anticipation dont l'opportunité s'est présentée dans la gestion des propres de communauté ». La validité d'un tel remploi, après avoir soulevé des hésitations en doctrine (20) malgré sa conformité à la tradition de l'ancien droit, est aujourd'hui admise (21) ; le lien de provenance entre le bien acquis et le bien aliéné, pour se trouver ainsi assoupli n'en est pas moins respecté, puisque le résultat final de l'opération est le même que celui du remploi ordinaire. Mais il n'en est naturellement ainsi qu'au moment où l'aliénation, postérieure à l'acquisition, est effectivement intervenue. C'est ce que déclare logiquement la jurisprudence en ne reconnaissant la qualité de propre au bien acquis que lors de l'aliénation d'un autre propre ; auparavant, le bien acquis par remploi anticipé n'est qu'un acquêt (22). Et la jurisprudence souligne la corrélation nécessaire entre les deux stades du remploi en exigeant qu'au moment de l'acquisition l'époux, au nom duquel le remploi par anticipation est fait, possède un propre susceptible d'être vendu (23). L'aliénation ultérieure d'un propre, déjà possédé au moment de l'acquisition, apparaît donc comme la condition du remploi anticipé, c'est-à-dire de la subrogation réelle. Et cette exigence n'aboutit à rien d'autre qu'à imposer un lien de provenance assoupli, mais réel, entre les deux biens. Dans le remploi par anticipation, tel que la jurisprudence l'organise, l'apparition d'un propre nouveau a pour cause la disparition d'un propre ancien. Il existe donc entre ces deux mouvements de valeur, dans un même patrimoine propre, le lien de corrélation réel à quoi se ramène la provenance.

238. — Sur le plan général, un rapprochement s'impose

(20) Cf. Aubry et Rau, VIII, § 507, note 64.

(21) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 673. Req., 23 novembre 1826, D. Jur. Gen., V°, Contrat de mariage, N° 1443.

(22) Civ., 14 mai 1879, D. 1879. 1. 420, S. 1880. 1. 17 ; Req., 12 avril 1910, D. 1910. 1. 478, S. 1912. 3. 301, note Le Courtois.

(23) Montpellier, 4 décembre 1924, D. 1925. 2. 55.

entre le sens que nous donnons au mot « cause dans l'analyse de la provenance » et celui qui lui est attribué par la théorie classique relative à la cause des obligations dans les contrats synallagmatiques.

D'après cette dernière opinion, l'obligation de l'une des parties a pour cause l'obligation du cocontractant (24), car tel est le but essentiel et immédiat, identique pour tous les contrats d'une même sorte, qui détermine chaque partie à contracter (25). Ainsi, dans la vente, l'obligation du vendeur de livrer la chose a pour cause l'obligation de l'acheteur de payer le prix. Un tel sens reconnu au mot « cause » est, évidemment, tout proche de celui auquel il convient d'entendre le même mot dans l'analyse de la provenance. Les deux théories mettent, en effet, l'accent sur le lien de corrélation fondamental qui existe entre l'apparition de la créance du prix dans le patrimoine du vendeur et la disparition du bien vendu de ce même patrimoine.

Il importe pourtant de relever que les deux analyses ne se situent pas sur le même plan. La théorie de la cause des obligations traduit, de façon du reste discutable (26), un fait incontestable : l'interdépendance étroite des obligations dans les contrats synallagmatiques. Elle prétend expliquer le mécanisme de la formation du contrat et le contenu de la situation juridique contractuelle. Tout différent est le domaine de l'analyse de la provenance, dans la théorie de la subrogation réelle. Ce domaine n'est pas contractuel, mais simplement *réel*. L'analyse de la provenance rend compte d'un lien de corrélation établi entre deux mouvements de valeur (une disparition et une acquisition), *par rapport à un même patrimoine*. La situation contractuelle n'est intéressante, à cet égard, que dans la mesure où elle engendre ce double mouvement. Dans la vente, par exemple, le rapport contractuel entre l'obligation du vendeur et celle de l'acheteur est, en lui-même, hors de notre propos. Seule, revêt de l'importance sa conséquence, c'est-à-dire le rapport réel entre la disparition du bien vendu et l'apparition de la créance du prix, ce rapport concernant le seul patrimoine du vendeur.

Il existe donc bien un parallélisme et une concordance entre l'analyse classique de la cause des obligations et celle de la provenance dans la théorie de la subrogation réelle. La seconde est le reflet, sur le plan réel, d'une situation contractuelle qui, seule, intéresse la première. Il reste que chacune de ces analyses porte sur un phénomène distinct

(24) Cf. Planiol, II, N°s 1030 et 1033.

(25) *Op. cit.*, N° 1036 bis, Capitant, *De la cause*, 3e édit., 1927, N° III.

(26) Cf. Planiol, II, N°s 1038 et 1039.

s'accomplissant sur un plan qui lui est propre. Cette conclusion conduit naturellement à attirer l'attention sur deux remarques importantes.

239. — *Première remarque.* — La provenance matérielle du bien nouveau, si elle ne concerne pas la situation contractuelle proprement dite, n'en est pas moins liée à une opération déterminée. C'est dans le cadre de cette opération qu'elle traduit un lien de corrélation, matériel et réel, entre deux mouvements de valeurs qui s'effectuent par rapport à un même patrimoine. Si l'apparition du bien nouveau se produit à l'occasion de cette opération, mais en vertu d'une cause distincte et étrangère, on ne doit plus parler de provenance matérielle.

Un exemple fera saisir l'importance de cette remarque. Supposons que l'aliénation d'un immeuble dotal ait été autorisée, sur la base de l'article 1558 du Code civil, pour permettre l'acquittement d'une dépense qui incombait au mari (parce qu'elle a été effectuée soit dans son intérêt, soit dans l'intérêt du ménage). On s'accorde alors, en doctrine (27) et en jurisprudence (28), à reconnaître à la femme un recours contre son mari à concurrence du montant de la dette dont celui-ci était tenu. Par exemple, si l'aliénation de l'immeuble dotal a été autorisée pour fournir des aliments ou des soins à la famille, la femme a, contre son mari, une créance à concurrence non pas, certes, de la part qui lui incombe personnellement dans cette dette alimentaire, mais de celle qui revient au mari (29). La question s'est posée de savoir si cette créance était dotale et, par suite, si la femme pouvait renoncer à son hypothèque légale, dans la mesure où cette hypothèque garantit ladite créance. La jurisprudence refuse de reconnaître la dotalité de cette créance, motif pris qu'à partir du moment où l'immeuble a été aliéné pour répondre à l'un des besoins prévus par l'article 1558 du Code civil, il cesse d'être dotal (30). L'argument ne saurait, certes, convaincre, car la créance de la femme s'exécute sur les biens du mari et, à cet égard, le fait que l'immeuble aliéné ne soit plus dotal laisse entière la question de savoir quel est le caractère de cette créance. C'est même

(27) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1332.

(28) Cf. Lyon, 12 mars 1930, D.H. 1930. 307 ; Req., 9 janvier 1934, D. 1934. 1. 99, note J. Ch. Laurent, S. 1934. 1. 97, rapport du conseiller Pilon ; Trib. Marmande, 10 novembre 1938, D.H. 1938. 64.

(29) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 1312 et 1322. Req., 9 janvier 1934 précité. C'est sur les revenus et non sur le capital que se réalise normalement l'affectation ménagère de la dot, cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1235.

(30) Cf. Req., 9 janvier 1938 précité et rapport du conseiller Pilon.

parce que l'immeuble n'est plus dotal qu'une perte est subie par la dot et qu'on peut se demander si la créance en reprise de la femme ne doit pas compenser cette perte. En réalité, la jurisprudence se montre surtout sensible à la situation de l'acquéreur de l'immeuble du mari, qui, ayant procédé à la purge des hypothèques légales, a fait tout ce qu'il devait faire et paraît, pour cette raison, devoir demeurer à l'abri de l'action hypothécaire de la femme. La Cour de Cassation manifeste ainsi son hostilité à la dotalité. Mais les tenants de la tendance contraire pourraient être tentés de conserver la dot en se fondant sur le fait que la créance en reprise de la femme « représente » la dot et que, par conséquent, la subrogation réelle doit jouer (31).

C'est ce raisonnement tentant qu'il nous faut dénoncer. La créance en reprise de la femme ne « représente » pas la dot, car elle ne « provient » pas de l'aliénation de l'immeuble dotal. La créance qui provient de cette aliénation est celle du *prix de vente,* et elle s'exerce contre l'acquéreur. La naissance, dans le patrimoine de la femme, de la créance *en reprise* contre le mari a pour cause non l'aliénation de l'immeuble dotal, mais l'affectation du prix de vente à une dépense que la femme a faite pour le mari. La source de cette créance réside dans l'enrichissement sans cause, ou plutôt dans une gestion d'affaires, et elle a pour but de *compenser* une perte indûment subie non seulement par la dot, mais par le patrimoine de la femme, considéré dans son ensemble. Ainsi, la dépense qui a justifié l'aliénation constitue, sur le plan législatif, la source d'un droit nouveau reconnu à la femme contre le mari (32). Et c'est cette source nouvelle qui établit un lien entre la dépense effectuée pour le mari et la créance contre le mari. La question reste évidemment posée de savoir si, sur une telle base, il est possible de reconnaître à la femme une créance dotale contre le mari. On peut en douter. Car l'action reconnue à la femme a pour but, en cette hypothèse, de rétablir un équilibre non pas entre les biens paraphernaux et les biens dotaux (équilibre que la subrogation réelle aurait précisément préservé (33), mais plus généralement entre le patrimoine de la femme et celui du mari. Ce problème, en tout cas, ne concerne pas la subrogation réelle. Celle-ci est étrangère à l'attribution d'une créance en reprise à la femme, car la créance en reprise ne « représente » pas la dot au sens que nous avons dégagé. Elle n'est pas liée à la perte d'une valeur dotale initiale, par un lien de corrélation purement réel

(31) A l'occasion d'une aliénation permise par la loi, la subrogation réelle doit jouer dans la dot, cf. *infra,* N° 682.

(32) Comparer *infra,* N°s 514 et suivants.

(33) Cf. *infra,* N°s 427 et suivants, 533 et suivants.

dans le cadre d'une seule opération : l'aliénation (34). Elle se rattache à une autre opération : la dépense faite pour le mari. Et elle est attribuée à la femme à titre de droit nouveau issu d'une source nouvelle. Ce droit nouveau n'est pas la contre-valeur, c'est-à-dire la contre-partie purement réelle de la valeur dotale aliénée, puisqu'il est spécialement créé par la loi et n'est pas dû à la seule perte d'une valeur dotale.

En réalité, la dépense faite par la femme avec les deniers provenus de la vente du bien dotal n'entraîne aucune contre-partie réelle fournie par un tiers quelconque. La créance en reprise de la femme contre son mari ne saurait être cette contre-partie, car *elle n'est pas l'objet du droit de la femme, mais le droit lui-même*. Le rapport de la femme et de son mari constitue, en effet, le rapport principal de la subrogation réelle ; or, l'analyse de la contre-valeur ne concerne que le rapport accessoire (35). Et ici, ce rapport accessoire est inexistant. Le rapport principal existe seul ; on ne saurait, sans confusion, lui appliquer l'analyse de la représentation réelle et, partant, celle de la provenance.

C'est pourquoi, si l'on veut conserver à la représentation réelle un sens précis, il convient d'exclure de son empire la créance en reprise de la femme dotale.

240. — *Deuxième remarque.* — Exprimant un lien de corrélation purement réel entre deux mouvements de valeurs dans un patrimoine déterminé, la provenance de la contre-valeur dépasse largement le cadre contractuel. L'apparition d'un bien nouveau dans un patrimoine doit avoir pour cause immédiate la disparition, contractuelle ou non, d'un autre bien de ce même patrimoine. Si, lorsque la fluctuation se réalise par un contrat synallagmatique, cette idée conduit à attribuer au mot « cause » un sens voisin de celui que la théorie classique de la cause des obligations lui attribue, il n'en reste pas moins que la même analyse en un lien de corrélation réel s'applique à tous les contrats, synallagmatiques ou non, et même aux fluctuations qui ne s'opèrent pas par contrat. C'est ce dernier point qu'il nous faut étudier en détail.

Article 2. — FLUCTUATIONS NON CONTRACTUELLES

241. — Les fluctuations non contractuelles les plus fré-

(34) Et la provenance est, sauf exception spécialement prévue, un élément nécessaire de la contre-valeur, cf. *infra*, N^os^ 274 et suivants, 277 et suivants.

(35) Cf. *supra*, N^os^ 67 et 68, et surtout *infra*, section IV.

quentes résultent des destructions diverses qui atteignent les biens (*supra*, N[os] 92 et suiv.). Ces destructions intéressent la théorie de la subrogation réelle dans la mesure où elles entraînent l'apparition, dans le patrimoine atteint, d'un bien nouveau qui consiste pratiquement toujours en une créance d'indemnité, de responsabilité, d'assurance, etc...

Le rôle joué par ces indemnités dans la théorie de la subrogation réelle a été assez amplement étudié (36). Mais les questions relatives au fonctionnement même de la subrogation à leur égard sont toujours mêlées à celle, plus précise, de déterminer dans quelle mesure telle ou telle indemnité peut être considérée comme la contre-valeur du bien détruit. Ces deux séries de questions sont pourtant fort distinctes et leur confusion ne peut qu'obscurcir fâcheusement la théorie générale de la subrogation. Le fonctionnement de la subrogation dépend de la nature de chaque droit particulier à conserver, considérée sous l'angle de l'adhérence de ce droit à l'individualité matérielle de son objet (37). La question de savoir si une indemnité quelconque « représente » le bien détruit est préalable à la précédente et, en soi, indépendante d'elle ; elle dépend de l'équivalence et de la provenance de cette indemnité par rapport au bien détruit et aussi du rôle joué par ces deux éléments dans la formation de la notion de contre-valeur (*infra*, section II). C'est sous l'angle de l'analyse de la contre-valeur, et plus particulièrement de la provenance, que nous étudions ici les indemnités.

A cet égard, il convient de rechercher dans quelle mesure existe, dans le même patrimoine, un lien de corrélation réel entre la destruction du bien et la naissance de la créance d'indemnité. Ce lien apparaît plus ou moins nettement, selon le type d'indemnité. Nous essayerons de l'établir distinctement dans trois grands groupes d'exemples concernant les indemnités de responsabilité, les indemnités gracieuses et les indemnités d'assurances. Dans tous ces cas, l'intention de la volonté compétente qui fait naître la créance d'indemnité (loi ; parties) est, du reste, d'un utile secours pour discerner le lien de provenance, puisque c'est cette volonté qui détermine le fait précis qui engendre cette naissance. Nous aurons donc recours à cet élément intentionnel, comme révélateur de la mission exacte de l'indemnité et, par là, de sa prévoyance. Naturellement, cet élément varie, lui aussi, selon le type d'indemnité envisagé.

---

(36) Cf. Henry, thèse, pp. 269 à 302.

(37) Cf. *supra*, N[os] 86 et suivants, et *infra*, N[os] 589 et suivants.

1er POINT. — INDEMNITES DE RESPONSABILITE

242. — La provenance de l'indemnité de responsabilité ne paraît pas, du moins de prime abord, soulever de difficulté. La mission de l'indemnité de responsabilité est de réparer le préjudice souffert par ce patrimoine. L'existence de ce préjudice constitue la condition fondamentale et la raison de l'allocation de l'indemnité (38), et par conséquent sa cause directe. Lorsque le préjudice consite dans la destruction d'un bien, c'est cette dernière qui engendre, dans le patrimoine de la victime, la naissance d'une créance en indemnité. Il existe alors, entre la destruction et la naissance de la créance, à l'égard d'un même patrimoine, ce lien de corrélation réel et direct par lequel nous avons défini la provenance matérielle (*supra*, N° 236). La créance d'indemnité de responsabilité provient donc de la destruction du bien.

Cette conclusion est commandée par les principes qui gouvernent le droit de la responsabilité. Elle est donc révélée par l'analyse de la volonté du législateur en cette matière. C'est le législateur qui, à la destruction par un tiers du bien envisagé survenue dans certaines conditions, attache comme conséquence nécessaire l'allocation de l'indemnité. Mais il est clair que si l'indemnité est réglée à l'amiable entre les intéressés, ceux-ci adhèrent aux principes généraux posés par le législateur (39), et le rapport nécessaire entre la destruction du bien et la créance d'indemnité, envisagé sur un plan strictement réel, ne se trouve pas modifié.

243. — Si la provenance de l'indemnité de responsabilité s'établit ainsi très nettement dans son principe, il est souvent délicat, dans l'application, de la dégager avec une rigoureuse précision. Le droit commun de la responsabilité lui-même suscite des difficultés. S'il est indubitable, en effet, que le dommage constitué par la perte de valeur, que réalise la destruction du bien, doit être réparé par une indemnité ayant alors une fonction strictement compensatoire, ce dommage n'est pas le seul ouvrant droit à réparation. Le même fait de destruction peut entraîner d'autres préjudices. Préjudice matériel, ou du moins pécuniaire, représenté par les gains que le propriétaire allait retirer du bien détruit (si, par exemple, il devait le vendre dans des conditions avantageuses) ; préjudice corporel, si la destruction du bien a blessé le propriétaire ; préjudice moral, si le propriétaire attachait au bien détruit une valeur sentimentale ; etc... Il

(38) Planiol et Ripert, VI, par P. Esmein, N° 542.

(39) Sous réserve, naturellement, des éléments de transaction, d'abandon unilatéral, voire de pure générosité, qui peuvent marquer la convention.

ne fait plus de doute, aujourd'hui, que ces différents préjudices, rattachés au même fait, ouvrent droit à réparation (40). La perte de valeur, consommée par la disparition du capital que constituait le bien détruit, ne représente donc qu'une partie du dommage à réparer ; et il arrive souvent que la même indemnité ne se borne pas à compenser cette perte, et que, remplissant une fonction satisfactoire, elle répare les autres dommages subis par la victime à raison de la destruction. Une telle indemnité provient-elle, pour le tout, de la perte du bien, au sens que nous avons dégagé ? On pourrait être tenté de le penser en considérant que, quels que soient les dommages réparés, c'est toujours la destruction du bien qui fait naître, dans le patrimoine de la victime, la créance d'indemnité. Un lien de corrélation réel paraît unir ces deux mouvements de valeur dans un même patrimoine.

En réalité, pour répondre à cette question, il importe de rechercher le caractère *direct* du lien de causalité par lequel se caractérise la provenance matérielle (41). Pour satisfaire à cette définition que nous avons donnée de la provenance, la naissance de la créance d'indemnité doit avoir pour cause directe la perte du bien. Or, en toute hypothèse, l'indemnité a pour cause directe l'existence du dommage précis qu'elle répare. Par conséquent, l'indemnité de responsabilité provient de la perte du bien, dans la mesure où le dommage qu'elle répare *s'identifie* dans sa consistance même à cette perte. Autrement dit, *l'indemnité provient du bien détruit, dans la mesure où elle vise à compenser la perte de valeur en capital que réalise cette destruction.*

La notion de « causalité directe » sur laquelle repose cette conclusion n'est évidemment pas, en général, exclusive d'imprécision (42). La seule notion qui, sur le plan de la logique formelle, s'avère précise et solide est celle qui voit dans la cause d'un fait déterminé tout événement en l'absence duquel ce fait ne se serait pas produit (43). Mais ainsi précisé, le concept de causalité devient inapte à opérer les discriminations que le droit impose le plus souvent. Le recours ancien et répandu à l'idée de causalité directe (44),

(40) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^os^ 544, 546 et 547.

(41) C'est le même caractère qui nous a permis de vérifier l'existence de la provenance matérielle dans le remploi, cf. *supra*, N° 237.

(42) Sur les obscurités de cette notion à l'égard du lien de causalité entre la faute et le dommage. v. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^os^ 538, 539, 551 et 552 ; comp. en matière de responsabilité contractuelle (art. 1151 du Code civ.) Planiol, II, N° 249 texte et note.

(43) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 538 *in fine ;* cette notion est celle adoptée dans le système dit de *l'équivalence des conditions* (*op. cit.*, N° 539).

(44) Cf. Planiol, *op. cit.*

si obscure soit-elle, atteste les insuffisances de la notion strictement logique de la cause (45). Ce recours paraît d'autant plus justifié, pour définir la provenance matérielle de l'indemnité de responsabilité dans la théorie de la subrogation réelle, qu'il conduit, en cette matière, à des conclusions suffisamment précises. Le lien de causalité auquel se ramène la provenance de l'indemnité est celui qui existe obligatoirement non pas entre le fait dommageable et le dommage (46), mais entre la créance d'indemnité et le dommage particulier et précis à raison duquel elle est allouée. Or, l'allocation de l'indemnité procède d'une intention. L'indemnité est allouée à raison de tel dommage particulier. Et la recherche de cette intention permet une détermination précise de la cause directe de l'indemnité. A partir du moment où les différents dommages engendrés par le même fait (par exemple une destruction accidentelle) peuvent être distingués les uns des autres, et ils le peuvent, la provenance de l'indemnité, c'est-à-dire la cause directe de son allocation, se discerne aisément. Les préjudices résultant des affaires manquées, ou des blessures provoquées par le fait de destruction, ou encore le préjudice moral entraîné par la privation du bien, sont *d'autres* préjudices que la perte de la valeur du bien strictement entendue. L'indemnité qui répare chacun de ces préjudices a plusieurs causes directes distinctes, chaque préjudice constituant l'une de ces causes, lesquelles se distinguent nettement les unes des autres. Par conséquent, une même indemnité globale provient de la perte du bien détruit, au sens que nous avons dégagé, dans la mesure où elle répare le préjudice consistant dans la perte de ce bien considéré comme un capital disparu (alors, la disparition de ce bien est la cause directe et réelle de l'apparition, dans le patrimoine de la victime, de la créance d'indemnité), mais non dans la mesure où elle répare les autres préjudices qui accompagnent éventuellement le précédent, sans se confondre avec lui. Certes, dans cette dernière mesure, comme dans la première, la cause unique de l'indemnité remonte au *fait* dommageable qui a engendré, à lui seul, ces différents préjudices. Mais cette cause unique est *indirecte* au regard de l'indemnité, chaque dommage s'intercalant entre le fait générateur et la naissance de la créance dans le patrimoine de la victime. Cette cause unique n'intéresse pas

(45) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 539. Les tentatives doctrinales et jurisprudentielles de ces dernières années, pour limiter la responsabilité de l'article 1384, al. 1er, du Code civ., aux choses dangereuses, aux choses non inertes, aux choses ayant joué un rôle passif dans la production du dommage, montrent également le besoin impérieux de fonder la responsabilité sur un rapport adéquat entre le fait dommageable et le dommage.

(46) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N°s 538 et suivants.

la provenance matérielle de l'indemnité, précisément parce qu'elle est indirecte. Les causes directes étant plus précises et se ramenant aux différents dommages, il est possible de discerner celle qui s'identifie à la perte du bien strictement entendue. C'est dans la mesure où cette cause directe précise existe, qu'on peut dire que l'indemnité de responsabilité provient matériellement du bien détruit, au sens où il convient d'entendre la provenance dans l'analyse de la contre-valeur.

Une ventilation s'impose donc entre les différents éléments d'une indemnité réparant plusieurs dommages dus à un même fait. Nous pensons avoir dégagé les directives rationnelles de cette ventilation. Il reste que celle-ci demeure parfois délicate. Deux guides viennent au secours de son application. D'abord, la *volonté* en vertu de laquelle l'indemnité a été allouée : volonté législative qui pose les principes généraux liant l'indemnité au dommage à réparer, volonté du juge ou des parties (selon que l'indemnité est judiciaire ou amiable) qui détermine, dans chaque cas particulier, à raison de quel dommage l'indemnité est allouée. Un autre guide précieux qui aide à préciser la cause directe de l'indemnité est le *montant* de celle-ci. Nous avons vu que, dans la mesure où l'indemnité compense la perte de valeur en capital que représente la destruction d'un bien, elle doit être égale à cette valeur, calculée au jour de la condamnation (*supra*, N° 235). Mais si l'indemnité répare d'autres préjudices, elle est naturellement plus élevée, selon les évaluations de ces différents préjudices. Le montant peut ainsi révéler les différentes causes directes de l'indemnité. Nous rencontrons ici une vérité plus générale, que nous constaterons de nouveau (*infra*, N^os^ 244, 245, 254 a et 285 c) : c'est souvent le montant de la contre-valeur qui indique la provenance de celle-ci.

244. — Malgré ces directives et le secours de ces guides, la détermination de la provenance de l'indemnité demeure parfois délicate. Un exemple, tout en le prouvant, permettra d'illustrer les principes théoriques que nous venons de dégager.

Lorsqu'un commerçant, locataire du local dans lequel il exerce son commerce, se voit refuser le renouvellement de son bail par le propriétaire, sans que celui-ci justifie de motifs « jugés graves et légitimes », il a droit à une indemnité dite d'éviction, sur la base de l'article 4 de la loi du 30 juin 1926 modifié par la loi du 18 avril 1946 (47). L'indemnité d'éviction est consécutive à la perte de cet élément du fonds

(47) Cf. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, N^os^ 389 et 390.

de commerce que représente le droit au bail. Dans quelle mesure provient-elle de cette perte ?

Les prescriptions de la loi relatives au montant de l'indemnité aident à répondre à cette question. L'indemnité, dit l'article 4, al. 1[er], doit être « égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement ». Il est clair que ce préjudice global n'est pas limité à la perte de valeur strictement entendue que constitue la privation du droit au bail. Il comprend aussi, la loi le précise (article 4, al. 2), les gains manqués, de même que « *tous* les éléments de perte » subis par le locataire. Cette expression, très large, conduit normalement à inclure dans le préjudice réparé, par exemple, les frais de déménagement et de réinstallation du fonds de commerce dans un autre local (48). De tels préjudices sont en eux-mêmes distincts de la perte du droit au bail proprement dite, encore que rattachés comme elle au refus de renouvellement. Ils constituent la cause directe de l'indemnité, dans la mesure où celle-ci est allouée pour les réparer spécialement. Dans cette mesure, l'indemnité ne provient donc pas de la perte du droit au bail considérée strictement comme un préjudice précis et distinct se ramenant à la perte d'un élément de capital ayant sa valeur propre. Certes, l'indemnité est due pour le tout à raison du refus de renouvellement. Mais cette cause unique est indirecte, par rapport à l'indemnité. Les causes directes, qui seules intéressent la provenance matérielle, elles, sont distinctes. Elles se ramènent aux différents préjudices réparés, parmi lesquels il est possible de faire une ventilation. Il est donc exagéré de prétendre, avec certains auteurs (49) ou certaines décisions judiciaires (50), que l'indemnité d'éviction « représente » sans réserves le droit au bail.

Mais il est tout aussi incontestable que, dans la mesure où l'indemnité répare le préjudice consistant précisément dans la perte de la valeur-capital strictement représentée par le droit au bail, élément important du fonds, elle a cette perte pour cause directe et donc en provient, au sens où nous entendons ce terme. C'est bien alors la disparition d'une valeur du patrimoine du commerçant qui entraîne directement la naissance, dans ce même patrimoine, de la créance d'indemnité. Il existe une compensation entre ces deux mouvements de valeur qui correspond exactement au lien de corrélation direct et réel auquel se ramène toute la notion de provenance. Et cette compensation constitue la première mission, en quelque sorte fondamentale, de l'indemnité.

(48) Cf. Escarra et Rault, *Principes de droit commercial*, T. I, N° 569.

(49) Cf. Esmein, Rev. trimestr., 1928, p. 73.

(50) Trib. Comm. du Havre, 8 octobre 1934, Gaz. Pal., 1934. 2. 827.

Comme le dit fort justement un jugement du Tribunal de commerce du Havre du 8 octobre 1934 (51), « l'indemnité d'éviction née du refus de renouveler la location, qui forme un élément primordial du fonds de commerce, vaut récompense de la privation du droit au bail ; elle est destinée à la fois à en *représenter la valeur* et à en permettre *le remplacement...* ». On ne peut que souscrire à cette constatation, pourvu toutefois qu'on la limite à la mesure dans laquelle l'indemnité compense la perte du droit au bail. Les auteurs qui estiment que l'indemnité ne représente jamais le droit au bail (52) exagèrent donc eux aussi.

Ce qui est vrai et qui confère à cette dernière remarque une certaine vérité, c'est qu'il est le plus souvent difficile d'attribuer au droit au bail une valeur propre, indépendante de celle des autres éléments du fonds. Nous avons déjà remarqué (53) que du droit de maintenir le fonds à son emplacement dépend souvent la valeur des autres éléments du fonds, donc du fonds tout entier. Or, dans la mesure où l'indemnité d'éviction compense la perte de valeur représentée par le droit au bail, elle doit être égale à cette valeur. Provenance et équivalence vont ici de pair. De sorte que, pratiquement, l'indemnité sera, en règle générale, égale à la valeur du fonds. C'est précisément ce que déclare l'article 4, al. 3, de la loi du 30 juin 1926, tel que l'a modifié la loi du 18 avril 1946. Certains auteurs en ont conclu que la nature de l'indemnité s'en trouvait changée, la loi de 1946 créant une indemnité d'expropriation (54). Il est certain que lorsque l'indemnité est égale à la valeur du fonds, tout se passe comme s'il s'agissait d'une expropriation. Mais la fonction compensatoire de l'indemnité conduisait naturellement à ce résultat pratique, commandé par le fait que le droit au bail a souvent une valeur égale à celle du fonds entier, sans qu'il paraisse utile de l'expliquer par un changement de nature de l'indemnité. Ce n'est même pas juste. Car l'article 4, al. 3, crée non une règle de fond, mais une simple présomption justifiée par ce qui se passe généralement. L'indemnité n'est égale à la valeur du fonds que si le propriétaire n'établit pas que le préjudice souffert par le locataire est moindre et, notamment, que le droit au bail avait une valeur inférieure à celle du fonds entier. En tout cas, que l'indemnité soit égale à la valeur du fonds ou seulement à celle de certains éléments, sa provenance n'en est pas obscurcie. Elle provient toujours directement du préjudice qu'elle répare, c'est-à-dire du droit au bail dans la mesure

(51) Trib. Com. du Havre, 8 octobre 1934, Gaz. Pal., 1934. 2. 827.
(52) Cendrier, *Le fonds de commerce,* N^{os} 614-616.
(53) *Supra,* N° 235, a) ; en ce sens Cendrier, *op. cit.,* N° 89.
(54) Ripert, *op. cit.,* N° 390.

où elle en compense la privation, donc où elle lui est équivalente. Si cette privation équivaut à celle du fonds, l'indemnité continue à provenir du droit au bail, ce qui ne l'empêche pas de provenir également du fonds tout entier. Les deux provenances coïncident sans peine, tout comme l'équivalence. On mesure ainsi l'utilité que peut présenter la connaissance du montant de l'indemnité pour en déterminer la provenance, le parallélisme étant ici rigoureux entre ces deux éléments.

2e POINT. — INDEMNITES GRACIEUSES

245. — Il arrive que l'Etat, sans y être tenu par un texte général et permanent, alloue des indemnités aux victimes de certains sinistres importants (inondations, émeutes, attentats, guerres civiles, révolutions, etc...) en vertu de lois spéciales. On peut citer comme exemples : la loi du 27 avril 1825, dite du milliard des émigrés, qui alloue à ceux-ci des indemnités à raison du préjudice résultant pour eux de la confiscation de leurs biens, décrétée sous la révolution (55) ; la loi du 7 avril 1873, indemnisant les victimes de la guerre de 1870 et de la Commune; la loi du 8 août 1893, indemnisant les victimes des attentats anarchistes ; la loi du 8 avril 1930, « portant création d'un fonds provisionnel d'un milliard de francs en vue de la réparation des dommages de caractère exceptionnel causés par les orages et les crues du 1er au 10 mars 1930 ».

L'allocation de telles indemnités se distingue essentiellement de la responsabilité en ce que le fait dommageable n'entre pas dans la catégorie de ceux, fautifs ou non, qui, selon les principes généraux, obligent l'Etat à réparer. L'Etat n'étant pas obligé sur le plan général, s'oblige par un texte particulier. C'est dans cette mesure qu'on peut parler d'indemnité gracieuse. Mais ce fait essentiel n'empêche pas, *a priori*, l'indemnité d'être allouée dans les mêmes conditions qu'une indemnité de responsabilité. Et notamment, comme pour les indemnités de responsabilité, la question se pose de savoir si elles proviennent des biens détruits, et dans quelle mesure.

246. — Pour répondre à cette question, il faut rechercher la raison exacte de l'allocation de l'indemnité, c'est-à-dire le *dommage précis* qu'elle a pour mission de réparer. On est renseigné, sur ce point, d'abord par la volonté de la

(55) Cette loi, dans son article 17, permet aux créanciers d'exercer leurs droits sur cette indemnité « suivant le rang des privilèges et hypothèques qu'ils avaient sur les immeubles confisqués ».

loi qui a posé le principe de l'allocation et, ensuite, éventuellement dans chaque cas particulier, par les motifs du jugement qui a appliqué ce principe.

La réponse, évidemment, n'est pas uniforme et générale. Les indemnités gracieuses peuvent avoir le caractère d'une aide générale apportée à la victime qui a souffert dans tout son patrimoine et non seulement par la perte d'un bien individualisé. Il n'existe pas alors de rapport spécifique précis entre la perte de tel ou tel bien et la créance d'indemnité. Par suite, il n'est pas possible de rattacher cette dernière à autre chose qu'à l'appauvrissement de tout le patrimoine (56).

Mais, en règle générale, l'indemnité gracieuse est allouée en raison de dommages survenus à des biens qui, même s'ils sont nombreux, n'en demeurent pas moins individualisés et connus. Il faut alors conclure, comme pour les indemnités de responsabilité, que dans la mesure où elles ont pour but précis de compenser la perte de capital qui représente la disparition de ces biens, les indemnités de responsabilité proviennent de cette disparition.

Le droit positif offre peu d'exemples propres à illustrer, en cette matière, les données théoriques. La jurisprudence a eu, certes, à se prononcer sur la subrogation des indemnités gracieuses aux choses détruites. Mais les arrêts qui refusent la subrogation fondent leur décision non sur le fait que l'indemnité gracieuse ne représente pas le bien détruit, mais sur l'impossibilité technique de la subrogation qui dépend de la nature du droit à conserver. Ils n'intéressent donc pas l'objet de la subrogation, mais ses moyens de réalisation (57). Ainsi, à deux reprises, la Cour de Cassation a refusé d'attribuer à des créanciers hypothécaires et privilégiés (58) ou à des porteurs de warrants (59) les indemnités dues au débiteur, en application de la loi du 7 avril 1873. Mais, dans les deux cas, la Cour Suprême s'est fondée sur un principe, du reste simplement affirmé, selon lequel les créanciers hypothécaires ou les porteurs de warrants ne peuvent exercer leur droit que sur le prix de vente du bien grevé. Or, l'indemnité gracieuse n'est pas un prix de vente, ni même à la rigueur une indemnité d'expropriation. En conséquence, sauf texte spécial, lesdites sûretés réelles ne peuvent s'exercer sur l'indemnité gracieuse. Le raisonnement repose, on le voit, sur la limitation du droit du créancier privilégié au prix de vente du bien grevé. L'arrêt du 12 mars 1877 a même pris soin de souligner que « l'Etat n'avait aucunement la volonté d'*acquérir* et n'avait, en réalité, acquis aucune par-

(56) Cf. Henry, thèse, p. 271.
(57) Cf. *infra*, N° 687.
(58) Req., 12 mars 1877, D. 1877. 1. 97, S. 1877. 1. 206.
(59) Req., 2 août 1880, D. 1881. 1. 228, S. 1884. 1. 246.

tie de l'usine (détruite)... ». La Cour de Cassation subordonne ainsi la subrogation au concept strict de vente, c'est-à-dire au transfert de propriété. Ce principe concerne les conditions d'exercice des sûretés réelles (60) et non la qualité de l'indemnité. Car affirmer que l'indemnité gracieuse n'est pas un prix de vente, c'est constater une évidence qui laisse entière la question de savoir si l'indemnité provient ou non du bien détruit. Le transfert de propriété du bien ancien, s'il conditionne l'exercice des sûretés réelles sur la contre-valeur en argent, ne saurait naturellement pas conditionner en général la provenance de la contre-valeur dans le patrimoine du débiteur. Une indemnité peut parfaitement provenir du bien ancien, tout comme un prix de vente (61). Or, vu les motifs donnés par la Cour de Cassation, elle aurait également refusé la subrogation d'une indemnité provenant du bien détruit, par exemple d'une indemnité de responsabilité. Par conséquent, les arrêts de 1877 et de 1880, en refusant d'assimiler l'indemnité gracieuse à un prix de vente strictement entendu, n'ont pas pour autant tranché la question précise de la provenance de cette indemnité.

Un arrêt beaucoup plus récent, rendu par la Cour d'Appel de Montpellier le 28 janvier 1935 (62), a été amené, pour subroger à l'immeuble détruit l'indemnité due en application de la loi du 8 avril 1930 (63), à analyser la valeur représentative de cette indemnité. Après avoir remarqué qu'il ne s'agit pas d'une indemnité de simple secours, mais d'une indemnité sociale, l'arrêt relève, parmi différents caractères justifiant la subrogation (*infra*, N° 268), le fait que l'indemnité est proportionnée au dommage. Cette formule, certes générale et, par là, imprécise, contient les éléments essentiels de la représentation. Dire que l'indemnité doit remplacer le bien détruit parce qu'elle est proportionnée au dommage, revient à reconnaître à la fois que, dans la mesure où ce dommage consiste strictement dans la perte du bien, le montant de l'indemnité est égal à la valeur de ce bien, et que l'indemnité est allouée à raison de cette perte. Equivalence et provenance sont donc contenues dans la formule de la Cour de Montpellier ; et si l'accent est porté à première vue sur l'équivalence, c'est que celle-ci sert à découvrir la provenance. Toutes ces conclusions sont conformes

---

(60) Nous aurons, du reste, à en apprécier le bien-fondé, cf. *infra*, N° 692.

(61) Cf. *supra*, N°s 242 et suivants.

(62) D.H. 1935. 229, déjà cité, *supra*, N° 228.

(63) Cf. *supra*, N° 245. Cet arrêt a subrogé l'indemnité dans l'obligation au rapport à succession, en vertu de l'art. 1303 du Code civ., cf. *infra*, N° 652 texte et note 162.

aux données générales et rationnelles selon lesquelles l'indemnité gràcieuse, dans la mesure où elle est allouée à raison du préjudice strictement représenté par la perte du bien détruit, provient de ce bien tout comme l'indemnité de responsabilité et pour les mêmes motifs (*supra*, N° 243).

3e POINT. — INDEMNITES D'ASSURANCE (64)

247. — Dans toutes les hypothèses où nous avons, jusqu'ici, étudié la provenance de la contre-valeur, que la fluctuation fut réalisée par un contrat ou par un événement matériel, un seul fait se présentait comme cause possible de l'apparition d'un bien nouveau : la disparition du bien ancien. L'originalité du problème posé par la provenance de l'indemnité d'assurance vient du fait que cette indemnité est consécutive à la fois à la destruction du bien de l'assuré et au paiement par ce dernier à son assureur d'un certain nombre de primes, dont le total s'élève à une somme variable suivant la durée du contrat et, par conséquent, la date du sinistre. Dès lors, la question se pose de savoir lequel de ces deux faits, paiement des primes ou sinistre, doit être considéré, sur le plan réel, comme la cause directe du versement de l'indemnité, autrement dit duquel de ces deux faits provient l'indemnité d'assurance.

Le problème est suffisamment délicat pour que des opinions fort diverses se soient, depuis longtemps, opposées à son sujet. Toutes se préoccupent du fonctionnement complet de la subrogation réelle (particulièrement dans les sûretés réelles et dans les régimes matrimoniaux) et non seulement de la valeur représentative de l'indemnité d'assurance ; mais il est notable que si l'originalité de cette dernière question est mentionnée au cours de développements qui ne lui sont pas spécialement consacrés, elle n'en est pas moins relevée. En revanche, si les auteurs et les arrêts se préoccupent, à l'occasion, de savoir ce que représente l'indemnité d'assurance, ils ne distinguent pas nettement les rôles respectivement joués, à cet égard, par la provenance et le montant de l'indemnité. Il ne fait pourtant aucun doute que les opinions exprimées concernent principalement la provenance. Ce sont ces différentes thèses qu'il nous faut exposer, avant de les apprécier sur le plan critique et de proposer une solution précise.

---

(64) Il s'agit naturellement ici de l'assurance de dommages. C'est-à-dire de celle dont l'indemnité est versée à raison du dommage souffert par un bien matériel de l'assuré.

I. — LES THESES EN PRESENCE

248. — Le trait commun de toutes les thèses est qu'elles affirment leur opinion sans convier à une véritable analyse. La théorie de la représentation réelle n'est pas plus ébauchée à propos des indemnité d'assurance, qu'à l'égard de toute autre contre-valeur.

a) Pour les uns, l'indemnité d'assurance, à la différence des indemnités de responsabilité ou d'assistance (65), n'est pas une véritable « indemnité », en ce sens qu'elle ne représente pas la chose. L'assurance n'est qu'un procédé de capilisation en prévision d'un sinistre possible. Par suite, la somme que touche le propriétaire, en cas de sinistre, n'est pas assimilable au prix de vente du bien détruit ; elle est la contre-partie aléatoire des primes payées par lui. Elle représente donc les primes et non le bien. Cette opinion, soutenue par les auteurs les plus anciens depuis le Code civil, est encore défendue aujourd'hui (66). La Cour de Cassation l'a consacrée en 1831 (67) et a été suivie par un certain nombre de Cours d'Appel (68).

b) Une autre thèse, exactement opposée à la précédente, met l'accent sur le but visé par l'assuré, qui est de conserver l'intégrité de son patrimoine malgré un sinistre prévu et redouté. A cette fin, l'assuré souscrit une police d'assurance et verse des primes à son assureur. Mais ces dernières ne sont que des paiements conservatoires prélevés sur les revenus. La fonction de l'indemnité d'assurance ne s'en trouve pas altérée : elle est de reconstituer le capital de l'assuré atteint par la destruction d'un de ses éléments. C'est donc bien, comme dans le cas de la responsabilité, le préjudice spécial résultant de la perte de cet élément qu'il s'agit de réparer. Il s'ensuit que l'indemnité d'assurance représente le bien détruit et non les primes. Cette opinion, de plus en plus défendue dans la doctrine moderne (68 bis), reflète l'évo-

---

(65) Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N^{os} 966 et 967 ; comp. N° 968.

(66) Troplong, *Commentaire du titre des privilèges et hypothèques* (5^{e} édit., Paris, 1854), IV, N° 890 ; Duranton, XX, N° 328 ; Huc, *Traité théorique et pratique sur la cession et de la transmission des créanciers*, I, 1891, N° 174, p. 250 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement des privilèges et des hypothèques*, I, N^{os} 281 et 291 ; Planiol, II, N° 3445 ; Planiol et Ripert, XIII, par E. Becqué, N° 968 ; Ripert, *Traité de droit maritime*, II, N° 1069.

(67) Civ., 28 juin 1831, S. 1831. 1. 290.

(68) Grenoble, 27 février 1834, S. 1834, 2. 367, et Paris, 8 décembre 1879, D. 1881. 2. 23, en matière hypothécaire. Pau, 1er mai 1893, D. 1895. 2. 10, relatif à la subrogation dans le régime dotal.

(68 bis) Demogue, Rev. crit., 1901, p. 306, et note S. 1906. 2. 137 ; Picard et Besson, Rev. Gén. des assurances terrestres, 1939, pp. 853 et suivantes ; A. Besson, note J.C.P. 1941, II, 1720 ; Josserand, II,

lution législative et fut, notamment, soutenue lors de l'élaboration de la loi du 19 février 1889 dont l'article 2, aujourd'hui reproduit par l'article 37, al. 1er et 2, de la loi du 13 juillet 1930, attribue l'indemnité d'assurance aux créanciers hypothécaires et privilégiés de l'assuré suivant leur rang (69). Elle a, de tout temps, trouvé des échos en jurisprudence (70).

c) Enfin, M. Henry (71), faisant la part du rôle joué par chacun des deux faits (versement des primes, destruction du bien) dans le versement de l'indemnité d'assurance, soutient une troisième opinion, qui lui paraît la seule logique et rationnelle. L'indemnité d'assurance représente d'abord les primes, puisque celles-ci ont été prélevées par le propriétaire sur des biens lui appartenant et dont il pouvait librement disposer. Pour le surplus seulement, l'indemnité est la représentation de la chose détruite (72). M. Henry précise sa pensée dans un exemple très simple. Un immeuble dotal de 100.000 francs a été assuré moyennant une somme de 25.000 francs, représentant, au moment du sinistre, le total des primes versées et prélevées sur les deniers paraphernaux. Une indemnité d'assurance de 100.000 francs est versée par l'assureur. « Pour déterminer son caractère véritable, dit M. Henry, il nous suffira de rechercher l'origine dont ces valeurs proviennent. Or, dans les conditions mêmes de l'exemple proposé, le nouveau bien représente une valeur paraphernale de 25.000 francs et une valeur dotale de 75.000 francs » (73). Et M. Henry de conclure : « il sera donc grevé de dotalité jusqu'à concurrence de 75.000 francs, et paraphernal pour le surplus ».

La thèse de M. Henry n'est pas consacrée par le droit positif. Le législateur et la jurisprudence reconnaissent tou-

---

N° 1970. Une opinion analogue avait déjà été soutenue au XIXe siècle par Boudousquié (*Assurances terrestres*, Nos 316 et suivants, rapporté au Répertoire de Jurisprudence Dalloz, V° Assurance, 1847, N° 84) et par Darras et Tarbouriech (*Annales de droit commercial*, 1889, pp. 246 et suivantes).

(69) Cf. les rapports de M. Labiche au Sénat (J.O., 3 février 1888, Déb. parl. Sénat, p. 82) et de M. Maunoury à la Chambre (J.O., 1889, Doc. parl. Chambre, p. 548) qui assimilent l'indemnité d'assurance au prix de vente ; la déclaration de M. Lacombe au Sénat (J.O., 7 mars 1888, Déb. parl. Sénat, p. 255) qui souligne que cette indemnité a les mêmes caractères que l'indemnité de responsabilité.

(70) Colmar, 25 août 1826, S. Chron., 1826, p. 281 ; Grenoble, 26 juillet 1919, *Rec. périodique des assurances*, 1921, p. 33, relatif à l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créanciers privilégiés et hypothécaires ; Bordeaux, 19 mars 1857, D. 1858. 2. 61, substituant l'indemnité d'assurance à l'immeuble propre sous le régime de communauté.

(71) Henry, thèse, pp. 272, 285 et suivantes.

(72) *Op. cit.*, p. 272.

(73) *Op. cit.*, pp. 286 et 287.

jours une source unique à l'indemnité d'assurance. M. Henry cite seulement un arrêt de la Cour de Riom, du 12 novembre 1894 (74). Cette décision ne reflète pas, à elle seule, la position de la jurisprudence. Elle est d'ailleurs, de l'aveu même de M. Henry, rédigée « de façon assez obscure et contradictoire ». Non suivie par le droit positif, l'opinion de M. Henry trouve-t-elle, comme le prétend cet auteur, un appui dans la logique ? C'est ce que nous devons rechercher dans une appréciation critique de la question.

II. — APPRECIATION CRITIQUE

249. — L'étude du problème posé par la provenance de l'indemnité d'assurance permet de vérifier si l'analyse que nous avons donnée jusqu'ici de la provenance fournit une solution sûre dans les cas les plus délicats. Or, cette analyse, développée à l'aide des moyens que nous avons dégagés (volonté en vertu de laquelle l'indemnité est payée, montant de l'indemnité), conduit non seulement à une solution précise, mais encore à établir, dès l'abord, l'unité de celle-ci.

A. — Unité de la solution

250. — M. Henry présente sa solution mixte comme seule logique et rationnelle (75). Aucune démonstration n'en est pourtant donnée. Or, si dépassant le stade de la simple affirmation auquel se borne M. Henry, on recherche les fondements véritables de son opinion, on aboutit, en réalité, à des conclusions précisément condamnées par une logique élémentaire.

a) La solution mixte, proposée par M. Henry, implique d'abord une confusion entre le montant et la provenance de la contre-valeur. M. Henry, en effet, ne voit pas, dans le montant, un simple moyen de découvrir la provenance (76) conçue comme un élément distinct. Déclarer que sur une indemnité de 100.000 francs, 25.000 francs proviennent des primes, parce qu'au moment du sinistre le total des primes s'élève à 25.000 francs, revient à faire *dépendre* la provenance du montant et à identifier entièrement ces deux notions. C'est dans la mesure où deux valeurs sont égales, et pour cette seule raison, que l'on fait provenir l'une de l'autre.

Encore convient-il d'ajouter que cette confusion ne vaut qu'à concurrence du montant des primes. Aucune justifica-

(74) *Op. cit.*, p. 286, et Stora, thèse, p. 359 ; v. aussi *Rec. arrêts Riom et Limoges*, 1894-1895, p. 54.
(75) *Op. cit.*, p. 272.
(76) Cf. *supra*, N^os^ 243 *in fine*, 244, 246 *in fine*.

tion n'est avancée, même sous la forme d'une simple affirmation, à concurrence de la partie complémentaire de l'indemnité qui, dans l'exemple choisi par M. Henry, se monte à 75.000 francs (*supra*, N° 248). M. Henry fait provenir cette partie complémentaire du bien détruit, non pas en vertu d'une étude directe et positive, mais simplement parce que le montant de cette partie excédant celui des primes, on ne peut pas, la confusion entre le montant et la provenance étant acquise, le faire provenir des primes. Cette raison, du reste implicite, est purement négative et en contradiction avec la conception quantitative à laquelle on s'est rangé pour la première partie de l'indemnité, s'élevant à 25.000 francs. Si l'on estime que l'indemnité provient des primes à concurrence de 25.000 francs, parce que le montant total des primes versées s'élève à cette somme, comment peut-on déclarer que la même indemnité provient du bien détruit à concurrence de 75.000 francs, alors que ce bien, par hypothèse, valait 100.000 francs ?

Il est facile de déceler les résultats paradoxaux auquels aboutit une notion aussi hétérogène de la provenance. Celle-ci, en fin de compte, dépend de la date du sinistre, puisque le montant total des primes versées dépend lui-même de cette date. Ainsi, dans l'exemple choisi par M. Henry, si le sinistre s'étant produit un peu plus tard, le montant des primes versées s'était élevé à 30.000 francs au lieu de 25.000, l'indemnité serait provenue du bien détruit à concurrence de 70.000 francs au lieu de 75.000. Et si, ce qui n'aurait rien d'extraordinaire, le montant des primes versées atteignait ou même dépassait la valeur du bien, l'indemnité ne proviendrait plus du tout dudit bien. Une analyse rationnelle de la notion de provenance ne peut s'accommoder de variations aussi arbitraires.

La provenance est une notion distincte de l'équivalence. Elle dépend du *contenant* matériel de la valeur et non de son *montant*. C'est en incluant la valeur dans un contenant matériel déterminé (c'est-à-dire dans un bien quelconque) que l'on peut parler de provenance de la contre-valeur et analyser cette provenance en un lien de corrélation étroit et réel entre deux mouvements inverses de valeur dans un même patrimoine. Et si le montant de la contre-valeur peut être un indice fort utile pour en discerner la provenance, il ne se confond pas avec celle-ci. Envisageant alors la question de la provenance de l'indemnité d'assurance sous cet aspect, aboutit-on à une solution mixte ?

251. — b) Sur le terrain réel de la provenance, la solution mixte conduirait à commettre une autre confusion que celle commise par M. Henry. Pour justifier une telle solution,

il faudrait, en effet, dans le même raisonnement, entendre la provenance dans deux sens différents.

Soit toujours le même exemple. A concurrence de 75.000 francs, l'indemnité est réputée ne pas provenir des primes. Cette fraction de l'indemnité ne peut avoir pour origine que la destruction du bien. Telle est l'opinion de M. Henry. Donc, à concurrence de 75.000 francs, l'indemnité provient du bien détruit dans le sens que nous avons dégagé, lien de corrélation *direct* et réel existant entre la disparition de ce bien du patrimoine de l'assuré et la naissance, dans le même patrimoine, de la créance contre l'assureur. La destruction du bien est, en effet, la cause *immédiate* du versement de l'indemnité.

Mais si en même temps on déclare qu'à concurrence de 25.000 francs la même indemnité provient des primes, il faut entendre cette provenance dans un sens différent du précédent. A s'en tenir au plan strictement réel, elle ne peut résider que dans la disparition du patrimoine de l'assuré du montant total des primes versées. Or, le versement des primes par l'assuré à l'assureur n'est pas, sur le plan réel, la cause *directe* du versement de l'indemnité par l'assureur à l'assuré. Elle n'en est que la cause *médiate*, l'intermédiaire obligé entre les deux versements étant précisément, *même à concurrence de 25.000 francs,* la destruction du bien.

La solution mixte, sous quelque angle qu'on l'envisage, conduit donc à une confusion de notions essentielles. Il importe donc de la rejeter, tout comme celle avancée par l'arrêt de la Cour de Riom du 12 novembre 1894 (77) selon qui, l'indemnité représente le bien détruit, en matière hypothécaire, et les primes, dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux. La provenance de l'indemnité d'assurance dépend de la nature des choses ; elle est une, en toute matière et pour toute l'indemnité. Une solution unique s'impose: laquelle ?

B. — Choix de la solution

252. — Pour déterminer duquel des deux faits, paiement des primes ou destruction du bien, provient l'indemnité, il nous paraît primordial de remarquer que chacun d'eux joue un rôle essentiel, mais sur des plans différents. Il convient, en effet, de distinguer le plan contractuel et le plan réel.

1°) *Sur le plan contractuel.*

253. — Sur le plan contractuel, l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité et celle de l'assuré de payer les primes sont, dans un lien d'interdépendance étroite, comme le sont

(77) Cf. *supra,* note (74).

toutes les obligations réciproques dans les contrats synallagmatiques. C'est l'obligation de l'assuré de payer les primes qui amène l'assureur à assumer l'obligation de verser une indemnité en cas de sinistre. En ce sens, si l'on adopte la terminologie classique, on peut dire sans restriction que, sur le plan contractuel, le paiement des primes est la *cause* du versement par l'assureur de l'indemnité (78). La destruction n'est que le fait auquel est subordonnée l'exécution de l'obligation de l'assureur. Mais celle-ci, dans son existence même, est déterminée par la réception des primes, qui joue ainsi le rôle essentiel.

Et il faut noter que, sur ce terrain contractuel, aucune division de l'indemnité ne se conçoit. La perspective de la réception des primes détermine l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité tout entière, et non seulement en partie. Dans les rapports entre l'assureur et l'assuré, le montant total des primes effectivement versées est sans influence. L'assureur doit verser l'indemnité dans son entier, dès lors que l'assuré a exécuté ses propres obligations. L'obligation de l'assureur, envisagée à l'égard d'un assuré déterminé, est donc soumise à un aléa : suivant la date du sinistre, il aura reçu une somme de primes plus ou moins grande, tout en devant payer une indemnité égale au montant du bien. Cet aléa est, du reste, compensé et supprimé par l'ensemble des opérations conclues par l'assureur avec toute une collectivité d'assurés (79). Mais ce fait est sans influence sur l'équilibre des prestations des deux contractants qui nous intéresse seul, et qui dépend d'un seul contrat considéré isolément (80).

Dans l'équilibre contractuel entre les obligations réciproques, le paiement des primes joue ainsi le rôle essentiel et déterminant du versement de l'indemnité. Mais nous savons que l'analyse de la provenance matérielle de la contre-valeur se situe sur le plan réel et non contractuel (81).

2°) *Sur le plan réel.*

254. — Sur le plan réel, le lien de corrélation entre deux mouvements inverses de valeurs considérés par rapport à un même patrimoine, en quoi consiste la provenance matérielle, s'établit différemment. Le rôle joué par le versement des primes s'efface alors devant celui dévolu à la destruction du bien.

a) Si, tout d'abord, on recherche un indice de la provenance de l'indemnité dans la psychologie du contrat d'assu-

(78) Cf. Planiol, II, N°s 1029 et suivants.
(79) *Op. cit.*, N° 2143.
(80) Cf. Maury, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, II, pp. 86-87.
(81) Cf. *supra*, N°s 236 *in fine* et 238.

rance déterminant notamment les règles relatives au *montant* de l'indemnité, on est enclin à penser que l'indemnité provient du bien assuré et non des primes. L'indemnité, en effet, est, en principe, égale à la valeur du bien. Certes, l'assuré peut, en payant des primes moins fortes, obtenir une indemnité égale à une partie seulement du bien détruit (82). Mais cette possibilité, destinée à mettre l'assurance à la portée d'un plus grand nombre d'assurés, n'exprime pas les principes essentiels qui commandent le contrat (83). Ceux-ci transparaissent beaucoup plus fidèlement à travers une autre règle que la précédente et, elle, fondamentale, selon laquelle l'indemnité ne peut pas dépasser la valeur de la chose assurée au moment du sinistre. Cette règle traditionnelle, expressément formulée aujourd'hui par l'art. 28 de la loi du 13 juillet 1930, interdit à l'assuré de retirer un enrichissement du contrat d'assurance. En cela, ce dernier diffère essentiellement du jeu et du pari. *Il tend seulement à indemniser l'assuré d'un dommage effectivement subi* (84). C'est en ce sens que, selon l'expression consacrée, « l'assurance relative aux biens est un *contrat d'indemnité* » (loi du 13 juillet 1930, article 28). L'assuré, grâce à la police d'assurance, se ménage avec certitude la réparation du préjudice que lui causera la destruction du bien. Ce principe indemnitaire entraîne des règles précises : d'une part, l'assuré ne peut toucher l'indemnité qu'à charge de prouver la destruction du bien et dans la la mesure du préjudice souffert de ce fait (85), d'autre part, l'indemnité ne peut excéder la valeur de la chose assurée au moment du sinistre, même si la somme assurée est supérieure à cette valeur (article 28, al. 1er).

Un lien étroit semble donc établi entre le bien détruit et l'indemnité, celle-ci étant allouée à raison même de la destruction du bien, tout comme une indemnité de responsabilité. Ce lien et cette analogie paraissent traduire l'intention de voir dans l'indemnité d'assurance la représentation du bien détruit plutôt que celle des primes.

255. — b) Mais l'analyse objective de la provenance correspond-elle à ces données psychologiques ? Il est capital de rappeler que *cette analyse doit se faire dans un patrimoine : celui de l'assuré* (86). C'est, en effet, dans le patri-

(82) Il s'agit alors d'une « sous-assurance » volontaire (loi 1930, art. 28, al. 2). Généralement la sous-assurance est involontaire et résulte de la dépréciation monétaire, la somme pour laquelle la chose est assurée n'étant plus égale, le jour du sinistre, qu'à une partie de la valeur de cette chose : cf. Planiol et Ripert, XI, par J. Lepargneur, N° 1336.

(83) Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1336, note (2).

(84) *Op. cit.*, N° 1332.

(85) *Ibid.*

(86) Comp. *supra*, N°s 236 *in fine* et 238.

moine de l'assuré que naît la créance d'indemnité. Les droits qui sont susceptibles de se transporter sur cette indemnité, par subrogation réelle, la considèrent comme un élément individualisé du patrimoine de l'assuré de même qu'ils le faisaient du bien détruit. C'est donc par rapport à ce patrimoine qu'il convient de rechercher, sur un plan strictement réel, à quelle disparition de valeur la naissance de la créance d'indemnité est directement corrélative, le versement des primes ou la destruction du bien.

Le problème étant ainsi posé, il apparaît clairement, et nous avons déjà pu le remarquer (*supra,* N° 251), que le versement des primes ne peut être que la cause indirecte et médiate du paiement de l'indemnité, l'intermédiaire étant précisément la destruction du bien qui, elle, est la cause directe et immédiate. Il s'ensuit que, selon la définition que nous avons donnée de la provenance de la contre-valeur (*supra,* N° 236, *in fine*), l'indemnité d'assurance provient de la destruction du bien et non du versement des primes (87). Et, ici encore, la solution est unique. La destruction du bien est directement corrélative du versement de l'indemnité tout entière.

Cette analyse formelle revêt toute sa signification, si on la rapproche de la réalité économique qu'elle recouvre. Les primes sont prélevées par l'assuré sur ses *revenus* afin de ménager la continuité de son *capital.* Il importe de ne pas négliger ces deux plans économiques, car ils expliquent le mécanisme essentiel de l'assurance. L'assurance n'a de raison d'être pour l'assuré que si les primes représentent pour lui un sacrifice minime, souvent insensible, destiné à parer à un risque énorme capable de le ruiner ou de l'appauvrir gravement (88). Par hypothèse même, des deux pertes de valeurs envisagées, celle des primes et celle du bien, la première est négligée dans le but de parer à la seconde, seule redoutée. Par suite, dire que l'indemnité d'assurance compense la perte causée au patrimoine de l'assuré par le versement des primes serait un contre-sens. L'assuré ne recherche pas une telle compensation. La fonction essentielle du capital constitué par cette indemnité est de compenser la perte subie par le capital de l'assuré du fait de la destruction du bien. C'est pourquoi elle est allouée à raison et dans la mesure de cette destruction ; c'est pourquoi elle est égale, en principe, à la valeur du bien. Le mécanisme objectif de l'assurance autant que la psychologie du contrat conduisent à rattacher le paiement de l'indemnité à la destruction du bien et non au versement des primes. Aussi bien la fluctua-

(87) Rapprocher *supra,* N° 243.
(88) Cf. Planiol, II, N° 2143.

tion à raison de laquelle l'indemnité est allouée n'est-elle pas contractuelle. Cette fluctuation opérée dans le patrimoine de l'assuré résulte du sinistre. Son premier terme n'est pas le versement des primes, mais la destruction du bien.

256. — c) Il reste à rechercher si le phénomène de capitalisation que réalise l'assurance ne conduit pas à une conclusion contraire. Certains auteurs l'ont soutenu (89) faisant remarquer que l'assuré, par le versement des primes, se constitue un capital de réserve, qu'il retrouve lors du sinistre, sous la forme d'une indemnité. Celle-ci est donc la contre-partie aléatoire des primes versées qu'elle représente.

L'argument mérite la plus grande attention. Sans que ses auteurs s'en soient du reste préoccupés, il oppose deux conceptions de la représentation réelle et, plus précisément, de la provenance. Le fait que l'indemnité d'assurance soit allouée à l'occasion du sinistre, le fait que, dans son essence, elle ait pour mission de compenser la perte réalisée par la destruction du bien et de prendre la place de ce dernier dans le patrimoine de l'assuré, sont négligés parce que l'origine économique de l'indemnité se trouve dans une autre valeur que le bien détruit : le total des primes. Ainsi, une conception indicative strictement objective (la seconde) est opposée à la première, impérative et finaliste. A la provenance déterminée selon la *destination* économique et éventuellement juridique du bien nouveau, s'oppose la provenance déterminée selon l'*origine* économique de ce bien. A ce qui doit être, on oppose ce qui est... ou ce qu'on prétend être.

Car l'opposition ainsi établie entre deux conceptions de la provenance est inexacte parce que chacune de ces conceptions ne se situe pas sur le même plan. La destination et la raison d'être de l'indemnité sont naturellement envisagées par rapport au patrimoine de l'assuré. Mais l'origine de la même indemnité est établie, sur un plan absolu, sans considération stricte de ce patrimoine. Or, l'origine, comme la destination, doivent être recherchées à l'intérieur du patrimoine de l'assuré (90). C'est faute d'avoir respecté ce raisonnement qu'on a pu créer inconsciemment une opposition erronée et aboutir à une confusion que l'analyse de l'assurance, aussi bien que celle plus générale de la provenance, permet de démontrer.

α) Le fonctionnement de la capitalisation par l'assurance ne conduit pas à rattacher, dans le patrimoine de l'assuré, l'indemnité d'assurance aux primes versées *par cet assuré*,

(89) Planiol, II, N° 3445 ; Planiol et Ripert, XIII, E. Becqué, N° 968.

(90) Cf. *supra*, N° 255.

comme on l'a soutenu (91). La capitalisation par l'assurance ne s'opère, en effet, que dans le cadre d'une collectivité d'assurés et non individuellement entre un assureur et un assuré. Au sein de cette collectivité, le paiement des primes aboutit à faire supporter par tous les assurés, de façon fractionnée et continue, tous les sinistres atteignant les assurés durant une période déterminée (92). La proportion de ces sinistres par rapport au nombre d'assurés durant ladite période est, du reste, prévue par l'assureur, selon le calcul des probabilités. De sorte que la provenance réelle ainsi entendue de l'indemnité ne se conçoit que dans le cadre de la collectivité des assurés. *C'est le total des indemnités versées par l'assureur à tous les sinistrés qui provient de la totalité des primes versées* par tous les assurés (et encore faut-il prélever sur cette totalité de primes la rémunération de l'assureur). Mais la corrélation ainsi établie entre la réception des primes et le versement des indemnités *concerne le patrimoine de l'assureur et non celui de l'assuré.* Elle est donc non pas inexacte, mais étrangère au problème à résoudre qui ne s'intéresse qu'aux mouvements de valeurs s'opérant dans le patrimoine de l'assuré. Envisagé par rapport au patrimoine de l'assuré, le lien de corrélation précédemment établi entre le versement des primes et le paiement de l'indemnité devient insaisissable. L'indemnité payée à un sinistré est corrélative, en partie, des primes versées par le sinistré lui-même et, en partie, des primes versées par chacun des *autres assurés,* sinistré ou non. Et, inversement, les primes versées par un sinistré ne servent pas intégralement à payer sa propre indemnité ; elle servent aussi à payer les indemnités versées aux autres sinistrés. Il n'existe pas, dans l'assurance, d'affectation des primes versées par un assuré au paiement des indemnités qui seront spécialement payées à cet assuré. C'est pourquoi, établie dans le patrimoine d'un assuré considéré isolément (comme on doit le faire au regard de la subrogation réelle), un lien de corrélation réel entre le versement des primes et la réception de l'indemnité est non seulement inexact, mais dépourvu de sens.

β) Et si l'on aborde la démonstration, non plus par le mécanisme de l'assurance, mais par l'analyse générale de la provenance, on parvient à la même conclusion. Supposons qu'une indemnité soit versée par l'assureur non pas à un assuré qui a lui-même versé des primes, mais à la victime d'un accident dont l'auteur responsable a assuré sa responsabilité (cf. loi du 13 juillet 1930, article 53). Si, dans l'assurance de choses, on déclare que l'indemnité provient des primes versées, il faut en dire autant dans l'assurance de

(91) Cf. Planiol, *op. cit.*
(92) Cf. Planiol, II, N° 2143.

responsabilité. La conception de la provenance, qui conduit à voir l'origine de l'indemnité dans le capital mis en réserve par l'accumulation des primes, trouve, en effet, une application identique dans les deux types d'assurances. Il faut donc conclure que l'indemnité versée à la victime par l'assureur du tiers responsable représente les primes versées par ce responsable et non le bien de la victime détruit. Mais l'indemnité versée par l'assureur du tiers responsable n'est que l'indemnité de responsabilité due par le tiers et prise par son assureur à sa charge. Dès lors, que décider de l'indemnité de responsabilité versée à la victime lorsque le tiers responsable ne s'est pas assuré ? Il est clair que l'absence d'assurance du responsable ne saurait conduire à conclure que l'indemnité provient alors du bien détruit. Cette conclusion procéderait d'une autre conception de la provenance. Si on estime qu'en cas d'assurance de responsabilité l'indemnité provient du capital mis en réserve par le responsable, il faut décider qu'en cas d'absence d'assurance, et par conséquent de cette réserve, la même indemnité, prélevée sur le patrimoine du responsable, provient de ce patrimoine. Mais alors il n'y a aucune raison pour ne pas penser de même du prix de vente versé au vendeur par l'acheteur. Ce prix de vente, lui aussi, est prélevé par l'acheteur sur son patrimoine. Et, toujours selon la même conception de la provenance, il faudrait conclure que le prix de vente provient du patrimoine de l'acheteur.

Or, les auteurs, qui soutiennent que l'indemnité d'assurance versée par l'assureur à un de ses clients dont le bien assuré est détruit provient de primes versées par ce client, estiment, au contraire, que l'indemnité de responsabilité provient du bien détruit (93). Ces deux affirmations nous paraissent contradictoires. Et la contradiction vient de ce que ces mêmes auteurs n'envisagent pas, dans les deux hypothèses, la provenance de l'indemnité sous un même angle. Lorsqu'ils parlent de la provenance de l'indemnité de responsabilité, ils se placent par rapport au seul patrimoine de la victime. Au contraire, quand ils recherchent la provenance de l'indemnité d'assurance, ils considèrent l'origine économique *absolue* de cette indemnité alors qu'ils devraient, logiquement, l'envisager par rapport au patrimoine de l'assuré, c'est-à-dire de façon *relative*. Entre les deux conceptions, il faut en choisir une et lui donner une portée générale.

Le choix ne peut faire de doute. Certes, il n'est pas faux de soutenir que l'indemnité d'assurance provient des primes capitalisées, tout comme il n'est pas inexact que l'indemnité de responsabilité provienne du patrimoine du responsable,

(93) Planiol, II, N^{os} 3443 et 3445.

ou encore le prix de vente du patrimoine de l'acheteur. Mais cette conception absolue de l'origine économique des valeurs est sans rapport avec le problème posé par la subrogation réelle, parce qu'elle n'établit pas la provenance de l'indemnité *dans le patrimoine de l'assuré*, seul point de vue qui intéresse l'objet des droits portant sur des éléments individualisés de ce patrimoine (94). Et, ramenée à ce patrimoine, la notion d'origine de l'indemnité revêt un sens précis. Elle conduit à rechercher à quel élément disparu du patrimoine de l'assuré est due la naissance, dans le même patrimoine, de la créance d'indemnité. Lorsqu'il s'agit d'une indemnité de responsabilité, nul n'hésite à affirmer que sa naissance dans le patrimoine de la victime est due à la présence ancienne, dans ce même patrimoine, du bien détruit. *Dans ce patrimoine*, l'existence de la créance *remonte* à la présence précédente du bien détruit. En ce sens, la créance d'indemnité a pour origine le bien détruit ; elle en provient. Cette corrélation, établie à l'intérieur du patrimoine de la victime, n'empêche, certes, pas l'indemnité d'être prélevée sur le patrimoine du responsable et, *à un autre point de vue, plus absolu*, d'en provenir. C'est avec la même relativité que l'on doit rechercher la provenance de l'indemnité d'assurance. S'il est exact, d'un point de vue absolu, que l'indemnité d'assurance provienne des primes capitalisées, dans la mesure où elle est prélevée *par l'assureur* sur les primes capitalisées, cela est vrai dans le patrimoine de *l'assureur*. Replacée dans le patrimoine de l'assuré, la provenance de la même indemnité est différente: Non seulement il est inexact que, dans ce patrimoine, elle remonte à la possession des sommes qui ont servi à payer les primes (95), mais il est clair que sa présence dans le patrimoine de l'assuré est directement due à l'existence passée, dans ce même patrimoine, du bien aujourd'hui détruit et dont elle a justement pour mission de compenser la perte. En ce sens, dans le patrimoine de l'assuré, l'indemnité d'assurance provient du bien détruit.

La seule conception de la provenance qu'on doive retenir à l'égard du patrimoine de l'assuré est donc celle qui recherche la mission exacte et la destination de l'indemnité. Loin de s'opposer, la destination et l'origine se complètent alors parfaitement. La mission de l'indemnité est de compenser la perte infligée à l'assuré par la destruction du bien. C'est à raison et dans la mesure de cette perte qu'elle est allouée. Et c'est précisément pourquoi on peut considérer que l'existence de la créance d'indemnité dans le patrimoine de l'assuré remonte à la présence, dans ce même patrimoine, du

(94) Et, par conséquent, la subrogation réelle, cf. *supra*, N° 255.
(95) Cf. *supra*, a).

bien actuellement détruit. Mission et origine sont donc l'expression d'une même réalité qui conduit à considérer que l'indemnité d'assurance provient du bien détruit, tout comme l'indemnité de responsabilité et pour la même raison. C'est à une notion unique de la provenance que l'on aboutit. Et cette notion se vérifie dans l'application par le raisonnement formel qui conduit à rechercher la cause *directe* de la naissance, dans le patrimoine de l'assuré, de la créance d'indemnité. Cette cause directe réside dans la destruction du bien, le versement des primes n'étant, en toute hypothèse, qu'une cause indirecte (96).

La conclusion s'impose donc, très nette : l'indemnité d'assurance, au seul point de vue qui intéresse la subrogation réelle, provient du bien détruit et non des primes. Elle représente ce bien. Tout refus de subrogation, fondé sur le seul motif de la représentation des primes, repose sur une conception erronée de la représentation réelle (96 bis).

257. — Les rapports des plans contractuel et réel, dans l'assurance, se révèlent ainsi différents de ceux que nous avons relevés dans la vente (*supra*, N° 238). Alors que dans la vente la cause contractuelle (obligation de livrer) et la cause réelle (transfert de bien) de la réception du prix de l'acheteur concordent strictement, dans l'assurance la cause contractuelle de la réception de l'indemnité par l'assuré (versement des primes) se sépare nettement de la cause réelle (destruction du bien). Cette dernière, du reste, prévue par le contrat, n'est pas, comme dans la vente, l'exécution d'une obligation contractuelle. La fluctuation n'est pas ici contractuelle, mais accidentelle.

Cette discordance des causalités contractuelle et réelle, dans l'assurance, ne les empêche pas, naturellement, de se

---

(96) M. Stora, dans sa thèse, p. 351, exprime, en des termes un peu différents, la même conclusion : « Si le paiement de l'indemnité d'assurance a pour cause le paiement des primes, il a nécessairement pour occasion la perte de l'immeuble. Il y a entre ces deux faits : le sinistre et l'acquisition, une corrélation aussi étroite, aussi indéniable, qu'entre la perte de l'immeuble par la faute d'un tiers et l'acquisition d'une créance d'indemnité contre ce tiers ». C'était précisément ce qu'il fallait, non seulement affirmer, mais, tenter de démontrer.

(96 bis) Il importe d'autant plus de formuler nettement cette conclusion, que la subrogation réelle de l'indemnité d'assurance à la chose assurée est souvent refusée par scrupules, alors qu'on en reconnaît le caractère nettement désirable. On parle alors de lacune de la loi, d'impossibilité regrettable d'étendre, par exemple, l'article 37 de la loi du 13 juillet 1930 limité à la matière hypothécaire (cf. un excellent exemple de ce refus opposé à regret dans Ripert et Boulanger, III, N° 1197). Ces scrupules, dans la mesure où ils sont suscités par la provenance de l'indemnité d'assurance, ne nous paraissent pas fondés.

compléter. C'est pour avoir la certitude de bénéficier d'une réparation des préjudices causés à son capital, en dehors même des limites de la responsabilité des tiers, que l'assuré prélève sur ses revenus les primes qu'il verse à l'assureur. L'intégrité du capital est le but même et la raison d'être du versement des primes. De sorte que si celles-ci ne trouvent pas dans le patrimoine de l'assuré la contre-valeur (que l'assuré ne recherche pas), elles ne sont pas pour autant sans contre-partie. Cette contre-partie réside dans la *sécurité* que l'assuré retire de l'assurance. Cette sécurité se paye. Mais elle ne saurait raisonnablement, en dehors d'un marché de dupe, se payer à un prix trop élevé par rapport à la valeur du bien, précisément parce qu'il est dans la logique de l'assurance que les primes représentent un sacrifice non compensé en valeur économique (97). C'est pourquoi les primes sont normalement prélevées sur les revenus, à l'ordre de grandeur desquels elles correspondent.

Cette analyse aboutit donc à voir dans les primes une charge supplémentaire de la propriété, destinée à conserver la valeur de celle-ci, tout comme des réparations d'entretien. Comme le dit Demogue, « les primes ne sont que des paiements conservatoires » (98). Et ce sont les revenus qui subviennent normalement à la conservation du capital. Il est facile de vérifier l'application de cette idée dans les cas où les revenus ne sont pas touchés par le propriétaire du capital. Ainsi, l'héritier soumis au rapport en nature à succession d'un immeuble à lui donné par le *de cujus,* voit sa propriété résolue par l'effet du rapport. Mais, pendant le temps où il était propriétaire, il a perçu les revenus de l'immeuble. Il a pu, ainsi, assurer cet immeuble et payer les primes de l'assurance. Les auteurs soutiennent généralement (98 bis) qu'il ne doit pas alors rapporter l'indemnité d'assurance qui lui est due, si l'immeuble a été détruit. Seul, il a payé les primes, seul il doit bénéficier du contrat passé avec l'assureur. L'argument ignore que si le donataire assuré a, en effet, payé les primes, il a aussi perçu les revenus de l'immeuble et que l'équilibre doit normalement s'établir entre les primes et les revenus. Les primes ont été pour lui une charge supplémentaire de sa propriété. Cela est si vrai que lorsque le donataire assuré rapporte l'immeuble en nature ou sa valeur en moins prenant (article 860 du Code civil), il ne lui est naturellement pas tenu compte des primes qu'il a pu payer pour l'assurance dudit immeuble, même si cette assurance est continuée. Le paiement des primes ne le dis-

(97) Rappr. Planiol, II, N° 2143.

(98) Demogue, Rev. critique, 1901, p. 306.

(98 bis) Huc, V, N° 78 ; Aubry et Rau, IV, par. 634 ; Planiol, III, N° 2880 ; Ripert et Boulanger, III, N° 2938.

pense, certes, pas du rapport de l'immeuble. On ne voit pas pourquoi ce même paiement le dispenserait du rapport de l'indemnité. Si donc il y a quelque raison de dispenser le donataire assuré de rapporter l'indemnité d'assurance, ce n'est sûrement pas parce que, sur le plan réel, ce donataire a payé des primes...

Beaucoup plus juste se révèle l'attitude de la jurisprudence en matière matrimoniale. Sous le régime de communauté, les revenus des capitaux propres sont perçus par la communauté usufruitière des propres. Si donc un immeuble propre est assuré, la communauté qui a la jouissance de cet immeuble doit logiquement, en vertu des idées précédentes, supporter la charge des primes de l'assurance, sans pour autant que l'indemnité versée par l'assureur, en cas de destruction de l'immeuble, soit commune. C'est exactement ce qu'a déclaré la Cour de Bordeaux dans un arrêt du 19 mars 1857 (99), dont on ne saurait mieux faire, pour conclure cette étude de la provenance de l'indemnité d'assurance, que citer les motifs : « attendu que les primes payées par la communauté pour prix de cette assurance ne peuvent rien changer à ce caractère de propre (de l'indemnité) ; qu'elles sont aussi acquitées dans l'intérêt de la communauté elle-même pour lui assurer la jouissance de ces immeubles, et que ces frais de garantie et de conservation sont à sa charge».

258. — CONCLUSION. — *Le concept général de la provenance matérielle, dans la théorie de la subrogation réelle.*

L'analyse de cas de plus en plus complexes conduit ainsi à dégager et à maintenir un concept unique de la provenance. Mais cette unité est subordonnée à la condition fondamentale que le lien de corrélation entre deux mouvements de valeur, à quoi se ramène la provenance, soit établi par rapport à un même patrimoine.

Le concept unique ainsi dégagé répond d'abord, comme il est naturel, à l'idée d'*origine*. Le bien nouveau provient de l'ancien lorsque sa présence dans un patrimoine tient à l'existence passée, dans le même patrimoine, du bien ancien. Mais ce lien résulte de la nature même de l'acte juridique, en vertu duquel le bien nouveau apparaît dans le patrimoine. C'est parce que, par la nature de cet acte, le bien nouveau est *destiné* à compenser la disparition de l'ancien, qu'on peut connaître la raison d'être de sa présence dans le même patrimoine. Le concept de provenance n'est donc pas exclusif d'un certain finalisme qui résulte de la mission impartie au bien nouveau par l'acte même qui le fait apparaître dans le patrimoine considéré. Ainsi s'explique, très naturellement, que l'analyse de l'intention de l'auteur ou des auteurs de cet

(99) D. 1858. 2. 61.

acte soit toujours un guide sûr pour découvrir la provenance du bien. C'est pourquoi nous avons mentionné le rôle de cette intention auprès de la formule générale par laquelle nous avons défini la provenance (100).

Suivant les cas, du reste, l'attention se porte principalement sur l'un ou l'autre aspect de la provenance. Tantôt c'est à l'idée pure et simple d'origine que l'on songe. Il en est ainsi lorsque la fluctuation se réalise par un échange économique de valeurs. Ainsi, dans la vente, il paraît naturel de penser que, dans le patrimoine du vendeur, la créance du prix a pour origine le bien vendu. Il semble superflu de préciser que cette créance est destinée à compenser l'aliénation du bien vendu, tant cette mission est économiquement normale. On la sous-entend donc toujours. Tantôt, au contraire, l'idée d'origine doit être renforcée par la recherche de la destination du bien nouveau. C'est ce qui se produit dans le cas où la disparition du bien ancien n'a pas automatiquement pour contre-partie l'acquisition du bien nouveau. Il est alors nécessaire de rechercher la raison exacte de cette acquisition. C'est ce que nous avons dû faire à propos des indemnités allouées pour destruction du bien. Dans la mesure où ces indemnités visent à compenser la perte subie par la victime, leur présence dans le patrimoine de la victime a pour origine directe la disparition du bien détruit de ce même patrimoine. La destination de l'indemnité indique son origine et révèle ainsi la corrélation entre les deux mouvements de valeur.

Destination et origine du bien nouveau, loin de s'opposer, comme certains auteurs ont pu le laisser supposer (*supra,* N° 256), se complètent donc pour traduire une même réalité : la corrélation existant entre deux mouvements inverses dans un même patrimoine. Et cette corrélation elle-même n'est précise et n'a, du reste, de sens que si elle est *directe* (la compensation d'un mouvement par l'autre ne se concevant qu'à cette condition) et *réelle* (puisqu'il s'agit, en toute hypothèse, que du lien entre deux mouvements de valeur objectivement considérés dans leur résultat). On aboutit alors sur le plan formel de la définition générale, que nous avons donnée (*supra,* N° 236, *in fine*) et que nous répétons, car elle exprime justement la solution des problèmes que

(100) Cf. *supra,* N° 236. Il faut naturellement se garder de confondre la destination impliquée par la provenance et celle impliquée par la subrogation réelle elle-même. La destination, qui traduit la provenance du bien nouveau, réside dans le fait que ce dernier a pour mission de compenser, dans un patrimoine, la perte du bien ancien. Rien de plus ; la destination, impartie par la subrogation réelle, consiste à faire du bien nouveau l'objet de *tel droit* déterminé. La seconde est donc plus poussée et plus complète que la première, celle-ci se présentant comme une simple vocation à celle-là.

nous nous sommes efforcés de résoudre : le bien nouveau provient de l'ancien lorsque son apparition dans un patrimoine déterminé a pour cause directe, sur un plan strictement réel, la disparition du bien ancien de ce même patrimoine.

Définition, certes, formelle. Mais telle est la condition de sa généralité et de son exactitude. Nous pensons, d'autre part, avoir suffisamment montré les réalités concrètes qu'elle recouvre. Nous avons vu qu'ainsi précisée, elle permet de résoudre des problèmes fort délicats soulevés par la provenance. Ces problèmes n'étaient que des exemples destinés à dégager et illustrer un concept précis. L'application de cette formule, dans l'esprit des études précédentes, devait permettre de résoudre, avec la même absence d'arbitraire, les autres difficultés que la vie pratique ne peut manquer de poser. Solution indispensable, car provenance et équivalence constituent les éléments fondamentaux, pratiquement nécessaires et toujours suffisants, de la contre-valeur. C'est, du reste, ce qu'il nous reste à rechercher et à démontrer.

SECTION II

ROLES DE L'EQUIVALENCE ET DE LA PROVENANCE DANS LA FORMATION DE LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

259. — La première question qui se pose est de savoir si les deux éléments que nous venons d'analyser en eux-mêmes suffisent pour former la notion de contre-valeur, à supposer qu'ils existent tous deux.

Cette suffisance une fois établie, et avec elle l'inutilité d'un troisième élément, il conviendra de rechercher les parts respectives que prennent l'équivalence et la provenance dans la formation de la notion de contre-valeur. Cette étude nous conduira, naturellement, à établir dans quelle mesure chacun de ces deux éléments est nécessaire.

§ 1er. — Suffisance de l'équivalence et de la provenance pour former la notion de contre-valeur

260. — *Données théoriques.* — Les développements qui précèdent permettent de discerner, sur un plan strictement

rationnel et théorique, que lorsque le bien nouveau a une valeur égale à celle de l'ancien et lorsqu'il provient de l'ancien, au sens que nous avons dégagé, il *doit* être considéré comme sa représentation dans le patrimoine considéré. L'équivalence entre le bien nouveau et le bien ancien garantit l'intégrité du patrimoine. Surtout, le fait que le bien nouveau provient de l'ancien précise l'objet de cette intégrité en la limitant à un élément individualisé du patrimoine. La provenance, nous l'avons vu, implique l'idée de compensation d'un mouvement de valeur par l'autre. Cette compensation qui, au point de vue formel, s'exprime en une corrélation, conduit directement à la conclusion que le bien nouveau *remplace* l'ancien en ce sens qu'il identifie la même valeur individualisée que lui. De sorte que, si au point de vue matériel deux biens distincts se sont succédés, au point de vue de la valeur un seul élément est maintenu. Cette unité de valeur individualisée, sous-jacente à la présence de deux biens matériels, crée entre ces deux biens un lien spécifique précis. Le bien nouveau *représente* l'ancien parce qu'il constitue, dans le même patrimoine, le même élément de capital. Tel est le sens de la représentation. Ainsi entendue, celle-ci découle normalement de la provenance du bien nouveau. Certes, cette conclusion, comme l'analyse dont elle procède, n'a de sens qu'à l'égard d'un même patrimoine. Cela veut dire que, considérée dans l'absolu, l'idée de représentation réelle n'a plus aucune signification. Un bien ne peut en représenter un autre que dans un patrimoine déterminé. Cela veut dire aussi que la notion de représentation réelle, qui implique un remplacement dans un patrimoine, n'entraîne pas nécessairement un remplacement analogue dans l'objet *d'un droit* déterminé et précis portant sur l'élément fluctuant de ce patrimoine. La réalisation de ce dernier remplacement, qui constitue la subrogation réelle elle-même, dépend, en effet, de la nature du droit qui doit survivre au remplacement de son objet. Ce problème ne concerne pas la contre-valeur. Si elle conditionne la subrogation réelle (101), la représentation réelle ne s'identifie pas avec elle. Il faut seulement reconnaître que le fait qu'un bien en représente un autre dans un patrimoine (au sens que nous venons de préciser), lui donne une *vocation* à le remplacer comme objet de droit. Mais, ainsi replacée sur son terrain propre, la notion de représentation réelle est commandée par les éléments fondamentaux que constituent l'équivalence et surtout la provenance. A supposer ces deux éléments réunis, il faut conclure que le bien nouveau est la contre-valeur de l'ancien. Ces deux éléments suffisent rationnellement à former la notion de contre-valeur. C'est pourquoi *le prix de*

(101) Cf. *infra*, N^os^ 272 et suivants, 306 et suivants.

vente, le bien acquis en échange ou en remploi, les indemnités diverses destinées à compenser la perte du bien ancien, constituent des contre-valeurs du bien vendu, échangé, détruit ou perdu.

Telle est la conclusion logique. Il nous faut rechercher maintenant si le droit positif la confirme.

261. — Deux remarques s'imposent avant d'entreprendre cette étude :

a) Pour rechercher si l'équivalence et la provenance suffisent à former la notion de contre-valeur, il faut examiner des cas où ces deux éléments existent effectivement. Or, pour savoir s'il en est bien ainsi, il convient de se référer à la nature de l'acte juridique qui réalise la fluctuation. C'est la nature de cet acte qui sert en même temps de garantie de la provenance et de l'équivalence (102). On est donc amené à établir que tel ou tel type d'acte juridique fournit une contre-valeur.

Parfois, du reste, l'équivalence, dont l'exigence de principe résulte de l'acte en vertu duquel le bien nouveau entre dans le patrimoine considéré, ne ressort pas directement, en fait, de l'acte lui-même. Des expertises sont alors nécessaires. Il arrive même que le législateur les impose comme il le fait dans l'article 1559 du Code civil, relatif à l'échange de l'immeuble dotal. Mais ces expertises elles-mêmes sont exigées par la nature et le rôle de l'acte juridique et non spécialement par la subrogation réelle. Elles conditionnent l'exécution correcte des principes qui commandent l'acte et, à ce titre, se rattachent directement à lui. Dans cette mesure, elles ne concernent pas spécialement la subrogation, qui considère l'opération dans son résultat juridiquement visé, sans s'arrêter aux différents moyens qui permettent de l'atteindre. Ainsi, peu importe à la présente étude qu'une expertise soit nécessaire pour allouer une indemnité de responsabilité. Par sa nature, cette indemnité, dans la mesure où elle compense la perte en capital subie par la victime dont un bien a été détruit, doit être égale à la valeur de ce bien (*supra*, N° 235). L'expertise n'est qu'un moyen, intimement rattaché aux principes qui gouvernent la réparation des dommages, de parvenir à ce résultat. Celui-ci, seul, nous intéresse. Et, dans la mesure où ce résultat est essentiellement commandé par les principes qui président à l'allocation de l'indemnité, on peut considérer que l'opération de réparation des dommages matériels procure une valeur égale

(102) Nous avons déjà vu à quel point chacun des deux éléments fondamentaux de la contre-valeur dépend de l'acte juridique qui réalise la fluctuation. Cf. *supra*, sect. I, 1er et 2e.

à celle du bien détruit, sans se préoccuper de savoir si une expertise est ou non nécessaire pour déterminer pratiquement cette équivalence.

L'expertise, garantie pratique de l'équivalence, n'est donc pas une condition de fond *spéciale* supplémentaire de la subrogation réelle ; pas plus que ne l'est la double déclaration imposée par l'article 1434 du Code civil, garantie de la provenance, en matière de remploi d'immeuble propre, sous le régime de communauté (103).

L'objet des présentes recherches est donc de déterminer si tel type d'acte juridique qui procure un bien nouveau, remplissant seulement les deux conditions d'équivalence et de provenance, fournit des contre-valeurs.

262. — b) Il peut arriver que la subrogation réelle ne joue pas sur un bien nouveau réunissant pourtant les deux éléments fondamentaux de la contre-valeur (équivalence avec le bien ancien, provenance du bien ancien). Un tel fait n'autorise pas à conclure que ces deux éléments sont insuffisants pour former la notion de contre-valeur. Il prouve seulement que lesdits éléments sont insuffisants à faire jouer la subrogation, ce qui est très différent. Absence de subrogation ne veut pas dire absence de contre-valeur. L'existence d'une contre-valeur n'est pas, en effet, la seule condition du jeu de la subrogation. Celui-ci est subordonné à d'autres conditions, et notamment à la possibilité technique de conserver un droit malgré le changement de son objet (*supra*, N^os^ 86 et suiv.). La subrogation peut donc se trouver empêchée sans que la notion de contre-valeur soit en cause.

A l'inverse, si on établit que la subrogation fonctionne dans des cas où le bien nouveau réunit les deux éléments fondamentaux de la contre-valeur et eux seuls, on est en droit de conclure que ces deux éléments suffisent à former la notion de contre-valeur (104).

---

(103) Ces questions, par contre, concernent la preuve de la contre-valeur. Nous verrons qu'à ce point de vue l'expertise, conséquence intime de l'acte juridique, n'est pas une condition propre à la preuve de la contre-valeur, alors que la preuve de la provenance se présente comme une preuve distincte intéressant donc directement la subrogation réelle (cf. *infra*, N^os^ 350 et suivants).

(104) Il est certes vrai qu'une subrogation peut toujours être décidée sur un bien nouveau qui ne remplit, par rapport à l'ancien, aucune des conditions d'équivalence et de provenance. Mais cette possibilité est arbitraire et ne révèle aucun autre élément propre à la contre-valeur. Elle est, du reste, théorique (cf. *infra*, N^os^ 278 et suivants). D'autre part, le raisonnement soutenu au texte suppose que tout bien nouveau est une contre-valeur dès lors qu'il fait l'objet d'une subrogation. Cette définition s'impose ici ; car si on définit la contre-valeur seulement par l'équivalence et la provenance, démontrer que ces deux éléments sont suffisants devient une pétition de prin-

En réalité, ces cas sont très nombreux. Il suffit d'en examiner quelques-uns pour parvenir à la conclusion qu'en droit positif provenance et équivalence suffisent à former la notion de contre-valeur.

263. — A) La faveur manifestée à la subrogation, en cas de *vente,* en est un indice significatif.

La créance du prix de vente doit être tenue pour égale à la valeur du bien vendu, dans la mesure pratiquement la plus rigoureuse (*supra,* N° 234). D'autre part, dans le patrimoine du vendeur, elle provient du bien vendu aussi directement et aussi immédiatement qu'il est possible (*supra,* N° 237). Si l'analyse ne révèle, à notre point de vue, aucun autre élément du prix de vente, c'est, en revanche, dans la vente que les notions d'équivalence et de provenance sont le plus nettement respectées. Aucun autre acte juridique n'assure une équivalence en principe plus fidèle, ni une provenance plus directe. C'est certainement par ce double caractère que l'on doit expliquer la tendance générale à considérer la créance du prix comme la meilleure représentation de la chose vendue. Personne ne songe à discuter que la vente soit l'opération-type fournissant des contre-valeurs (105).

Or, ce fait est entièrement lié, dans la pensée des auteurs ou du législateur, à l'idée que la subrogation doit jouer sur le prix de vente de la chose vendue.

La doctrine confond les deux notions de représentation réelle et de subrogation réelle en cas de vente d'une façon qui mérite d'être relevée. Ainsi, M. Henry a pu écrire, en parlant des indemnités, « la subrogation aura lieu chaque fois que l'indemnité pourra être assimilée à un prix de vente, le prix de vente étant toujours la représentation parfaite de la chose vendue » (106). Aubry et Rau obéissent à la même tendance lorsqu'ils admettent le transport du droit des créanciers hypothécaires sur le prix de vente des immeubles par destination (107). Mais c'est Capitant qui attribue à cette idée la portée la plus étendue, en faisant de la substitution de la chose au prix un cas général de subrogation réelle fondée sur l'équité. « Le prix, écrit-il, est *toujours* substitué à la chose au profit de ceux qui avaient un droit sur celle-ci » (108). Cette affirmation, excessive en ce qu'elle fait de l'exis-

---

cipe. Au surplus, et surtout, les deux conceptions de la contre-valeur doivent coïncider. Cette nécessité découle non de la technique mais des buts de la subrogation (cf. *infra,* N° 275 *in fine*).

(105) Cf. Henry, thèse, p. 270.

(106) *Ibid.*

(107) Aubry et Rau, 4e édit., T. III, par. 286.

(108) H. Capitant, Rev. trimestr., 1919, pp. 385 et suivantes ; par. 4 ; cf. *supra,* N° 41.

tence d'une contre-valeur la seule condition de la subrogation (*infra*, N^os^ 554, 685 et suiv.), se borne à expliciter une tendance générale, jusque-là sous-entendue comme naturelle, à voir dans le prix non seulement la représentation de la chose, mais son émanation. Par suite, la soumission de la créance du prix aux mêmes droits que ceux qui portaient sur la chose vendue paraît normale ; d'autant plus que l'équité s'en trouve satisfaite.

Le législateur, de son côté, suit le mouvement général. Il est notable que la loi, dans les cas mêmes où elle se montre la plus réticente sur l'admission de la subrogation réelle, subroge pourtant la créance du prix à la chose vendue. Les exemples sont assez nombreux où la subrogation du prix à la chose se présente ainsi comme l'ultime refuge de la subrogation. On peut citer, à cet égard, les articles 747, al. 2, et 766 du Code civil en matière de successions anomales, les articles 1934 et 1935 du Code civil en matière de dépôt, l'article 547, al. 2, du Code du commerce sur la revendication en matière de faillite. De telles dispositions, en même temps qu'elles manifestent une faveur spéciale à la subrogation en cas de vente, prouvent, *à fortiori*, que la créance du prix est, en droit positif, la contre-valeur de la chose vendue. Cette preuve se trouve, du reste, confirmée par un autre exemple d'une très grande portée qui est fourni par les saisies exercées par les divers créanciers sur des biens de leurs débiteurs soit sur la base de l'article 2092 du Code civil, soit sur celle, plus précise, d'une sûreté réelle. L'exécution forcée des obligations par la voie des saisies constitue, en effet, l'un des cas les plus importants de subrogation réelle du prix à la chose (*infra*, N^os^ 554, 685 et suiv.).

Ces quelques exemples suffisent à démontrer qu'en droit positif la créance du prix de vente est bien la contre-valeur de la chose vendue. Elle est même une contre-valeur favorisée. Faveur, à tout prendre, surprenante. Car d'autres opérations que la vente fournissent des contre-valeurs aussi incontestables, à commencer par l'achat. De sorte qu'au fond et sous réserve de difficultés supplémentaires de preuve, le *remploi*, qui résulte de deux ventes en sens inverse, est une source aussi certaine de contre-valeurs. C'est, du reste, ce que confirme le droit positif. Il suffit de citer l'article 132 du Code civil sur la restitution de son patrimoine à l'absent de retour, ou les articles 1434 et 1435 du Code civil relatifs au remploi des propres de communauté ou encore les articles 1553, 1557, 1558 du Code civil sur le remploi dotal pour s'en convaincre. Mais, quelle que soit la fidélité avec laquelle le remploi respecte les éléments fondamentaux de la contre-valeur, il ne bénéficie pas de la faveur accordée à la subrogation du prix pur et simple. Capitant, par exemple, refuse

à la subrogation, en cas de remploi, la large expansion qu'il reconnaît à la subrogation du prix de vente (109). Et si le législateur, de son côté, consacre parfois expressément la subrogation réelle en cas de remploi (ce qui suffit, du reste, à démontrer qu'en droit positif le remploi fournit bien des contre-valeurs), ces cas sont moins nombreux que ceux relatifs au simple prix de vente.

C'est si bien le prix de vente qui, dans l'esprit du législateur, représente la contre-valeur type, que la loi emploie parfois le terme « prix » comme synonyme de contre-valeur, même si celle-ci est une simple indemnité. Ainsi, c'est comme synonyme de contre-valeur que le décret-loi des 8 août-30 octobre 1935, dans son article 22, applique le mot « prix » aux indemnités d'expropriation pour cause d'utilité publique.

261. — B) De fait, ainsi entendu, le rapprochement n'est pas inexact. *L'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique* n'est, au fond, que le prix d'une vente imposée au propriétaire. Elle comporte, du reste, les deux éléments fondamentaux de la contre-valeur. Selon les prescriptions législatives, son montant est fixé par une commission arbitrale d'évaluation suivant une procédure étroitement réglementée pour garantir une équivalence aussi exacte que possible entre le bien et l'indemnité (D.L. 8 août-30 octobre 1935, articles 31 et suiv.). D'autre part, l'indemnité d'expropriation, dans le patrimoine du propriétaire, provient du bien exproprié, au sens que nous avons précédemment dégagé, au même titre qu'un prix de vente. Equivalence et provenance, rigoureusement respectées ici, sont les deux seuls caractères de l'indemnité, à notre point de vue.

Or, le décret-loi des 8 août-30 octobre 1935 remaniant la loi du 3 mai 1841, admet largement la subrogation de l'indemnité au bien, considérant ainsi ces deux éléments comme suffisants pour faire de l'indemnité la contre-valeur du bien.

L'article 15 substitue l'indemnité aux biens des incapables ou de la femme dotale. L'indemnité d'expropriation d'un immeuble dotal est donc elle-même dotale. Il appartient, du reste, au Tribunal d'ordonner les mesures de conservation ou de remploi qu'il juge nécessaires.

D'autre part, le décret-loi des 8 août-30 octobre 1935 prévoit largement la subrogation de l'indemnité au bien exproprié comme objet des différents droits réels qui pouvaient grever ce bien. Naturellement, les titulaires de ces droits perdent leur droit de suite contre l'administration expropriante qui, agissant dans un intérêt général, ne saurait être

(109) Capitant, *op. cit.*

gênée par l'action de ces particuliers. Ceux-ci ne peuvent empêcher l'effet de l'expropriation et, s'ils sont des créanciers hypothécaires ou privilégiés, surenchérir (cf. articles 22 et 23). En revanche, et corrélativement, la loi permet l'exercice de ces droits sur l'indemnité. Ainsi, les actions en résolution, en revendication et toutes autres actions réelles, sont transportées sur l'indemnité expressément qualifiée de « prix » (article 22). Les créanciers privilégiés et hypothécaires bénéficient d'une disposition analogue, à condition d'avoir inscrit leur droit dans les quinze jours qui suivent la transcription de l'ordonnance d'expropriation (article 21). En cas d'usufruit, enfin, « une seule indemnité est fixée par la commission eu égard à la valeur totale de l'immeuble, le nu propriétaire et l'usufruitier exercent leurs droits sur le montant de l'indemnité au lieu de les exercer sur la chose » (article 35, al. 3).

265. — Il paraît certain que l'assimilation de l'indemnité d'expropriation à un prix de vente inspire cette large admission de la subrogation réelle. Mais si le droit positif se montre moins large lorsque la fluctuation se distingue plus nettement de la vente, il n'en consacre pas moins la subrogation réelle d'une façon suffisamment explicite pour que la notion de contre-valeur ne soit pas identifiée à celle du prix de vente, conclusion qui constituerait une erreur.

L'analyse de la contre-valeur, nous le savons (*supra,* N° 258), doit se faire uniquement par rapport à un même patrimoine ; et, à cet égard, seuls des éléments généraux comme l'équivalence et la provenance déterminent la contre-valeur. La faveur de pur fait accordée à la subrogation du prix de vente ne peut s'expliquer que par des considérations psychologiques et non techniques. On ne doit pas conclure de cette faveur, sans fondement rationnel, que la notion de prix de vente imprime à celle de contre-valeur des éléments supplémentaires. Deux caractères du prix de vente sont notamment étrangers à la notion de contre-valeur : 1°) le fait que le bien nouveau soit nécessairement constitué par une créance d'argent ; 2°) le fait que le bien ancien soit acquis par une autre personne. C'est ce que consacre le droit positif, en admettant la subrogation en cas d'échange d'une part, en cas d'allocation d'indemnité d'autre part.

266. — C) Les raisons qui font du prix de vente la contre-valeur du bien vendu, valent pour *l'échange.*

Le fait que les contractants acceptent d'échanger leurs biens prouve qu'ils estiment suffisante l'équivalence entre les deux biens. Nous avons vu, du reste, que la fixation du prix de vente ne dégageait pas une notion beaucoup plus précise de l'équivalence (*supra,* N° 234). Du reste, une lacune trop

grande dans l'équivalence entre les deux biens échangés est comblée par le système des soultes qui permet de voir dans l'échange une opération qui, du moins dans son principe général, ressortit à l'idée d'équivalence.

La provenance du bien acquis en échange est rigoureusement déterminée. Ce bien provient de celui qui est donné en échange, aussi directement et aussi sûrement qu'un prix de vente. L'analyse que nous avons faite de la provenance (110) se trouve ici respectée.

Equivalence et, surtout, provenance, sont les deux *seuls* éléments qui, à notre point de vue, caractérisent le bien acquis en échange.

Or, le législateur consacre la subrogation, en cas d'échange, dans certaines hypothèses bien connues. Ainsi, les articles 1407 et 1559 du Code civil admettent libéralement la subrogation en cas d'échange de l'immeuble propre sous le régime de communauté, et de l'immeuble dotal sous le régime dotal. Et la jurisprudence n'hésite pas à étendre ces dispositions législatives, notamment à l'échange d'un meuble propre ou dotal (*infra*, N^os^ 681 et 682).

L'article 1934 du Code civil, édictant la subrogation réelle dans la restitution de la chose déposée, adopte de son côté une attitude analogue, non sans marquer par des expressions fort larges l'analogie qui existe, à notre point de vue, entre la vente et l'échange.

267. — D) Les *indemnités*, enfin, qui réparent le dommage souffert par un patrimoine dont un bien a été détruit (111) font l'objet, en droit positif, d'une assez large subrogation réelle.

Nous savons que ces indemnités remplissent strictement les conditions d'équivalence et de provenance par rapport au bien détruit (112). Comme aucun autre élément ne les caractérise, à notre point de vue, on peut conclure que, dans tous les cas où elles sont effectivement subrogées au bien détruit, le droit positif considère la provenance et l'équivalence comme suffisantes pour en faire des contre-valeurs.

Ces cas ont, du reste, soulevé des controverses. Mais celles-ci concernent davantage les possibilités techniques de la subrogation dans le droit à conserver que la valeur représentative de l'indemnité. Pour cette raison, ces controverses n'intéressent pas notre présent propos (113), qui se borne à

---

(110) *Supra*, sect. I, § 2.

(111) Ce sont donc les véritables indemnités, c'est-à-dire celles qui ne sont pas comme l'indemnité d'expropriation, la contre-partie de *l'acquisition* du bien par une autre personne.

(112) *Supra*, sect. I, § 1^er^, article 2.

(113) *Infra*, II^e^ partie, titre II, chapitre II.

relever les cas où les indemnités sont effectivement subrogées. Ces cas sont nombreux et concernent les différentes sortes d'indemnités.

268. — 1°) *Les indemnités de responsabilité* sont subrogées à la chose perdue ou détruite dans deux grands groupes d'hypothèses soit par la jurisprudence, soit par la loi.

a) La jurisprudence a montré à leur égard une faveur marquée pour la subrogation, dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux. La question s'est posée pratiquement sous le régime dotal, à propos des indemnités dues à la femme par des notaires qui, par de mauvais placements de valeurs dotales, avaient causé une perte de la dot. Deux arrêts de Cour d'Appel (114) ayant subrogé ces indemnités aux valeurs dotales, la Cour de Cassation a été amenée à confirmer cette solution (115), que les juges du fond avaient notamment fondée sur le fait que l'indemnité « représente » les valeurs dotales dont elle a pour but de compenser la perte (116).

Sous le régime de communauté, la question ne s'est posée que tardivement en jurisprudence. Elle a, du reste, été résolue dans le même sens que sous le régime dotal (117), conformément à l'opinion de la doctrine (118).

b) La loi, de son côté, a pris, en matière hypothécaire, le même parti que la jurisprudence en matière matrimoniale, mais d'une façon assez réticente. L'article 37, al. 3, de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, reprenant les dispositions de l'article 3, al. 1er, de la loi du 13 février 1889 attribue aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang, les indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, en application des articles 1733 et 1382 du Code civil. La loi borne donc la subrogation à deux sortes d'indemnités de responsabilité, du reste les plus fréquentes. Et la question se pose immédiatement de savoir si une telle disposition doit être étendue à toutes les indemnités de responsabilité. La réponse est controversée (*infra*, N°s 687 et 689). Mais si certains auteurs (119) et certains

---

(114) Dijon, 14 juin 1880, D. 1881. 2. 126 ; Aix, 6 janvier 1890, S. 1891. 2. 88.

(115) Req., 5 janvier 1891, D. 1891. 1. 486, confirmant l'arrêt d'Aix précité ; cf. *infra*, N° 682.

(116) Cf. Aix, 6 janvier 1890, précité.

(117) Req., 11 avril 1931, S. 1932. 1. 41, déclarant propre l'indemnité due par un voleur de bijoux propres.

(118) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 457.

(119) Cf. Aubry et Rau, III, § 261, p. 230, note 11 quater ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, N° 291 ; Beudant, I, N° 338 ; rapp. Ripert, *Précis de droit maritime*, 1947, N° 271.

arrêts (120) choisissent la négative, c'est pour des raisons concernant les conditions d'exercice du droit des créanciers et non la nature de l'indemnité. De tels motifs intéressent les moyens de réalisation de la subrogation réelle et non l'analyse de la contre-valeur. Aussi bien, le refus d'étendre la subrogation prévue par l'article 3, al. 1er, de la loi du 19 février 1889, n'impose-t-il aucunement de conclure que l'indemnité de responsabilité ne représente pas, en général, le bien détruit. Si, avec la loi du 19 février 1889, on considère que les indemnités dues par le locataire et par le voisin sont la contre-valeur de l'immeuble détruit, on doit en faire autant à l'égard des autres indemnités de responsabilité ; qu'elles soient allouées sur la base de l'article 1382 ou sur celle de l'article 1384 du Code civil, toutes ces indemnités présentent, en effet, les mêmes caractères. Dans la mesure où elles compensent, dans le patrimoine de la victime, la perte du bien détruit, elles sont égales à la valeur de ce bien et proviennent de sa perte. Ces deux caractères étant suffisants à l'égard de deux d'entre elles doivent l'être, à l'égard de toutes, pour en faire des contre-valeurs du bien détruit.

Nul, du reste, ne conteste cette conclusion. Ainsi, en droit maritime, les auteurs n'hésitent-ils pas à inclure les indemnités de responsabilité dues à raison des dommages causés au navire dans la faculté d'abandon du navire et du fret, prévue par l'article 216 du Code du commerce (121). De même, la doctrine estime-t-elle devoir subroger l'indemnité de non-renouvellement d'un bail commercial au droit du bail, parce que cette indemnité représente le droit au bail (122). Il n'est donc pas exagéré de conclure que les indemnités de responsabilité sont la contre-valeur du bien détruit. L'article 1303 du Code civil paraît bien, du reste, consacrer implicitement cette solution en déclarant que le débiteur d'une obligation de livrer dont l'objet a péri doit livrer à la place les actions en indemnité qu'il pourrait avoir « par rapport » à la chose périe. Il est certain que ce texte vise avant tout, et presque uniquement, les indemnités de responsabilité. En les subrogeant, dans la mesure où elles proviennent de la chose, il les considère bien comme la

---

(120) Cf. Aix, 30 juillet 1940, confirmant Trib. Civ. Draguignan, 24 février 1939, J.C.P. 1940, II, 1519 ; Trib. Com. Le Havre, 8 octobre 1934, G. P. 1934. 2. 827, ce dernier reconnaissant expressément que l'indemnité de non-renouvellement du bail commercial représente le droit au bail, mais refusant la subrogation dans l'exercice du droit des créanciers inscrits sur le fonds de commerce pour des raisons propres aux droits de ces créanciers.

(121) Cf. Ripert, *Précis de droit maritime*, 1947, N° 200.

(122) Cf. Paul Esmein, Sem. Jur., 1928, pp. 65 et suivantes ; Escarra et Rault, *Principe de droit commercial*, I, N° 573.

contre-valeur de la chose, ce qui démontre une fois de plus la suffisance de l'équivalence et de la provenance pour former la notion de contre-valeur.

269. — 2°) La même conclusion s'impose à l'égard des *indemnités gracieuses*. Ici encore, on ne peut s'écarter de cette conclusion sur la base des seuls arrêts qui, comme ceux de la Cour de Cassation du 12 mars 1877 et du 2 août 1850, refusent de subroger une indemnité gracieuse à la chose détruite, dans le droit des créanciers hypothécaires et privilégiés, pour le motif que ce droit ne se prête pas à une telle subrogation (123). En revanche, une décision comme celle de la Cour de Montpellier, du 28 janvier 1935 (124), qui subroge à la chose détruite une indemnité gracieuse due en vertu de la loi du 8 avril 1930, dans l'obligation au rapport à succession, atteste que cette indemnité a été considérée comme la contre-valeur de la chose détruite. Et, en fondant cette solution sur l'article 1303 du Code civil, cet arrêt prête sa propre opinion au législateur.

Il est vrai que l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 28 janvier 1935, donne de la représentation de la chose par l'indemnité une analyse complexe dans laquelle on trouve d'autres éléments que l'équivalence et la provenance. L'arrêt relève, en effet, les caractères suivants : 1°) l'indemnité résulte de la loi ; 2°) elle est arbitrée par les juridictions ; 3°) elle est proportionnée au dommage ; 4°) elle est allouée à charge d'emploi justifié (article 7 de la loi du 8 avril 1930). De ces caractères, l'arrêt déduit que la subrogation prévue par l'article 1303 du Code civil doit s'appliquer : ce qui équivaut à dire que l'indemnité est la contre-valeur du bien détruit. Mais les caractères ainsi relevés ne sont pas, tous les quatre, constitutifs de la notion de contre-valeur. Les deux premiers n'ont rien d'essentiel, car ils ne traduisent aucune règle de fond. Le quatrième concerne l'utilisation impérative de la contre-valeur et non sa notion, dont il est tout au plus la conséquence normale. Il intéresse la réalisation d'une éventuelle subrogation réelle et non seulement l'objet de celle-ci. Des quatre caractères énumérés par la Cour de Montpellier, le troisième seul concerne directement et uniquement la contre-valeur. Nous avons déjà eu l'occasion de l'analyser à ce titre et de remarquer que la proportionnalité de l'indemnité au dommage n'exprimait, d'une façon du reste imprécise, que l'équivalence et la provenance de cette indemnité par rapport au bien détruit (*supra*, N° 246, *in fine*). De sorte que l'arrêt de la Cour de Montpellier, du 28 janvier 1935, n'ajoute, en réalité, aucun élément substantiel à la

(123) Cf. *supra*, N° 246 texte et notes (58) et (59).
(124) D.H. 1935. 229. Cf. *supra*, N° 246.

notion de contre-valeur qui se ramène très logiquement en matière d'indemnité gracieuse, comme en toute autre, à l'équivalence et à la provenance.

270. — 3°) Il est curieux de constater que les *indemnités d'assurance,* dont la provenance est à la fois la plus délicate à préciser et la plus contestée (125), font l'objet, en droit positif, du plus grand nombre de décisions expresses de subrogation. Ce droit, qui s'est principalement affirmé en matière de régimes matrimoniaux et en matière hypothécaire, n'a du reste pas été sans marquer des hésitations.

a) Dès le 19 mars 1857, un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux (126) a eu l'occasion de déclarer propre, sous le régime de communauté, l'indemnité d'assurance due à la femme pour destruction d'un immeuble propre, bien que les primes aient été payées par la communauté. Cet arrêt a expressément fondé sa solution sur le fait que l'indemnité d'assurance représente l'immeuble détruit et non les primes (127). Comme par rapport à l'immeuble, l'indemnité d'assurance ne comporte aucun autre élément que l'équivalence (128) et la provenance (129), on peut conclure que ces deux éléments ont paru aux juges suffisants pour faire de l'indemnité la contre-valeur de l'immeuble.

La solution jurisprudentielle est moins nette sous le régime dotal. Un arrêt de la Cour d'Appel de Pau, du 31 mai 1893 (130), a refusé de subroger l'indemnité d'assurance au bien dotal assuré puis sinistré, alors que les primes avaient été payées avec des valeurs paraphernales. Mais cette décision s'est appuyée sur le fait que, selon elle, l'indemnité d'assurance provient des primes et non du bien détruit. Dans cette mesure, elle concerne donc la *notion* de provenance (131) et ne saurait, par suite, être invoquée dans l'étude de la *suffisance* de cette notion pour former la contre-valeur.

b) C'est en matière de sûretés réelles que le droit positif s'est surtout occupé de la subrogation de l'indemnité d'assurance à la chose sinistrée. L'attribution de l'indemnité

---

(125) Cf. *supra,* N°s 247 et suivants.
(126) D. 1858. 2. 61.
(127) Cf. *supra,* N° 257 *in fine.*
(128) Dans une mesure que nous avons précisée, *supra,* N° 254, a).
(129) Cf. *supra,* N°s 254 et suivants.
(130) D. 1895. 2. 10.
(131) Cf. *supra,* N° 248, a), texte et note (68). Le même arrêt invoque, comme deuxième raison de refuser la subrogation, le fait que le prix de vente de l'immeuble dotal n'est pas, lui-même, dotal de plein droit. Ce motif, qui aboutit à subordonner la dotalité de l'indemnité à une clause d'emploi et de remploi dans le contrat de mariage, ne concerne pas l'analyse de la contre-valeur, cf. *infra,* N° 682.

aux différents créanciers ayant une sûreté réelle sur cette chose, vivement débattue en raison de son intérêt pratique, a fait l'objet d'abondantes controverses et nombreuses décisions jurisprudentielles puis législatives. La solution de ce problème dépend autant de la possibilité technique pour une sûreté réelle de s'exercer sur *toute* autre créance que celle du prix de vente de la chose grevée, que de la question de savoir ce que représente l'indemnité d'assurance. La seconde, seule, nous intéresse ici (132). Mais comme elle conditionne normalement la subrogation réelle (133), on peut voir, dans toute décision positive subrogeant l'indemnité d'assurance au bien détruit, une consécration de l'idée que l'indemnité représente le bien et, en même temps, une démonstration qu'il suffit que cette indemnité soit égale à la valeur du bien et en provienne pour qu'elle en constitue la contre-valeur.

Après quelques hésitations des juridictions secondaires (134), la Cour de Cassation, par un important arrêt du 28 juin 1831 (135), avait nettement pris parti en déclarant, entre autres motifs, que l'indemnité d'assurance n'étant pas un prix de vente, mais le produit du contrat d'assurance, ne saurait être attribuée par préférence aux créanciers inscrits sur l'immeuble détruit. Depuis lors, la jurisprudence s'était fixée en ce sens et refusait la subrogation de l'indemnité au bien dans l'exercice des sûretés réelles (136).

La solution, que la Cour de Cassation estimait conforme aux principes techniques, n'en était pas moins peu équitable. Aussi, sous la poussée de la pratique, qui recourait à des délégations de la créance d'indemnité aux créanciers hypothécaires dans le contrat d'hypothèque, le législateur se décida-t-il à intervenir pour subroger l'indemnité au bien détruit. Il s'abstint, toutefois, d'édicter une disposition générale analogue à celle de la loi belge du 16 décembre 1851 (article 10), et se contenta, par une série de lois particulières de plus en plus nombreuses, de manifester une tendance opposée à la solution de la jurisprudence. L'évolution commença avec la loi du 21 mai 1858, relative aux négociations sur les marchandises déposées dans les magasins généraux, qui, dans son article 10, reconnaît aux déposants porteurs de récépis-

(132) Pour l'étude de la première cf. *infra,* N^{os} 688 et suivants.

(133) Cf. *infra,* N^{os} 684 et suivants.

(134) Dans le sens de la représentation des primes, Rouen, 27 décembre 1828, S. 1830. 2. 161 ; dans le sens de la représentation de la chose assurée, Colmar, 25 août 1826, S. 1828. 2. 17, Trib. civ. Rouen, 25 juillet 1828, S. 1828. 1. 291.

(135) Civ., 28 juin 1831, S. 1831. 1. 290.

(136) Cf. Grenoble, 22 février 1834, S. 1834. 2. 367, Paris, 8 décembre 1879, D. 1881. 2. 23.

sés et aux porteurs de warrants les mêmes droits et privilèges sur les indemnités d'assurance dues en cas de sinistres que sur les marchandises assurées.

Ce fut ensuite la loi du 10 décembre 1874 (article 17), sur l'hypothèque maritime, reportant le droit du créancier hypothécaire sur l'indemnité d'assurance du navire, en cas de sinistre majeur arrivé à celui-ci (137). Cette loi, abrogée par celle du 10 juillet 1885 sur les interventions des compagnies d'assurance, marque du moins la tendance législative que l'importante loi du 19 février 1889 devait confirmer.

La loi du 19 février 1889, cédant aux nécessités pratiques, attribue, dans son article 2, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang, toutes les indemnités d'assurance contre l'incendie, la grêle, la mortalité des bestiaux ou les autres risques. Cette disposition d'une large portée, qui infirme la solution donnée par la Cour de Cassation en 1831, a été exactement reprise par l'article 37, al. 1[er], de la loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance (138).

Depuis 1889, de nombreuses lois ont suivi dans la voie ouverte. Il faut citer les lois du 30 avril 1906, article 5, al. 3, sur le warrant agricole, du 8 août 1913, article 10, sur le warrant hôtelier, du 5 juillet 1917, article 47, sur l'hypothèque fluviale, du 12 avril 1932, article 3, sur le warrant pétrolier, le décret-loi du 23 juin 1939, article 6, sur le warrantage des produits nécessaires à la Défense Nationale et, enfin, la loi du 12 septembre 1940, article 1, al. 3, sur le financement des fabrications de démarrage faisant l'objet de lettres d'agrément (loi qui crée le warrant industriel). La liste s'allonge, avec le temps, et ne laisse plus de doute sur le fait que le législateur voit aujourd'hui dans l'indemnité d'assurance la contre-valeur du bien détruit (139).

271. — Considéré dans son ensemble, le droit positif consacre donc les données théoriques et logiques. Tous les biens nouveaux qui remplissent les conditions d'équivalence et de provenance, telles que nous les avons précédemment précisées (*supra,* section I), sont effectivement considérés comme les contre-valeurs du bien ancien qu'ils remplacent dans un patrimoine déterminé. La démonstration est ainsi

(137) C'est-à-dire de sinistre autorisant le délaissement du navire à l'assureur, cf. Ripert, *Précis de droit maritime,* N° 272.

(138) A la différence de la loi de 1889, celle de 1930 ne s'applique qu'aux assurances terrestres. De sorte que la question se pose de nouveau en droit maritime sur le terrain des principes généraux ; cf. Ripert, *Précis de droit maritime,* N° 272 *in fine.*

(139) Aussi, peut-on s'étonner de voir encore présenter, comme reflétant l'opinion commune, l'affirmation que l'indemnité est considérée comme la représentation des primes (cf. Ripert et Boulanger, III, N° 2938).

faite qu'équivalence et provenance suffisent à eux seuls à constituer la notion de contre-valeur. Ce premier point acquis, qui permet d'éliminer l'interprétation nécessaire d'un troisième facteur, il reste à préciser dans quelle mesure chacun de ces deux éléments est nécessaire, c'est-à-dire à rechercher la part respective prise par chacun d'eux dans la formation de la notion de contre-valeur.

§ 2. — Nécessité de l'équivalence et de la provenance pour former la notion de contre-valeur

1er POINT. — DONNEES THEORIQUES

I. — NECESSITE DE L'EQUIVALENCE

272. — Il paraît, au premier abord, normal que l'équivalence joue un rôle important dans la représentation des biens entre eux. Nous avons vu, dans la détermination des éléments fondamentaux de la contre-valeur, le rôle joué par l'idée de compensation dans celle de représentation. C'est parce que le bien nouveau compense, dans un patrimoine déterminé, la perte de l'ancien qu'il le représente. Cette idée permet de préciser la provenance elle-même (140). Et c'est normalement pour cette raison que le montant de la valeur du bien nouveau décèle sa provenance. L'idée de compensation conduit, en effet, naturellement à celle d'équivalence. La compensation n'est parfaitement réalisée que si la valeur nouvellement acquise est égale à l'ancienne. Cette donnée correspond exactement à la fonction de la subrogation réelle, qui est d'assurer la continuité de la destination impartie à une valeur individualisée malgré la fluctuation de son contenant matériel (141). Cette permanence de destination n'est pleinement satisfaite que si le bien nouveau contient une valeur égale à celle précédemment affectée au même but.

Ainsi entendue, l'exigence de l'équivalence se traduit certainement en droit positif. Elle gouverne, par exemple, les principes qui commandent la réparation des dommages ou le fonctionnement des assurances (142). Elle inspire aussi

(140) Cf. *supra*, N^{os} 243, 255 et 258.

(141) Cf. *supra*, N^{os} 76 et suivants et *infra*, N^{os} 411 et suivants.

(142) L'indemnité d'assurance peut, certes, être inférieure à la valeur du bien assuré. Il y a alors sous-assurance. Mais la sous-assurance résulte soit du désir de mettre l'assurance à la portée d'un plus grand nombre d'assurés en leur permettant de payer des primes réduites (sous-assurance volontaire), soit des circonstances économiques qui font que la somme pour laquelle le bien est assuré est

d'autres procédés techniques que la subrogation réelle, comme l'action *de in rem verso*. Le rapprochement entre ces deux techniques, par l'idée d'équivalence, s'impose tellement que Demogue a pu le pousser jusqu'à l'identification (143), ce qui constitue, du reste, une inexactitude (144). Du moins cette assimilation révèle-t-elle le rôle important que l'équivalence paraît être destinée, *à priori*, à jouer dans le jeu de la subrogation réelle et, par conséquent, de la représentation réelle.

273. — Mais l'exigence de l'équivalence vient se heurter à la nature même de la subrogation réelle. Ce procédé aboutit, certes, à maintenir une valeur à une destination unique. Mais il n'y parvient que par l'intermédiaire des biens matériels. C'est par l'appréhension successive de deux biens matériels distincts que la valeur, individualisée par ces deux biens, est maintenue à sa destination. Nous avons déjà annoncé le rôle essentiel que joue ce matérialisme, qui constitue l'hypothèse même de la subrogation réelle (145). Il fait, notamment, fléchir les exigences de l'équivalence. La subrogation conduit non seulement à l'appréhension des valeurs individualisées par les biens matériels, mais encore à celle des biens matériels eux-mêmes. Seule la *succession* des biens matériels, comme objet de droit, conduit, dans la subrogation réelle, à la notion de valeur. Ce fait capital entraîne des conséquences logiques.

a) Au moment de la fluctuation, les exigences de l'équivalence peuvent, à la rigueur, se concilier avec celles de la matérialité. Il est en effet possible, alors, de n'admettre la subrogation que sur un bien nouveau d'une valeur égale à celle de l'ancien. Ou, de façon plus souple, on peut, si le bien nouveau et le bien ancien sont de valeurs inégales, n'admettre la subrogation qu'à concurrence de la valeur la plus faible.

b) Mais après la fluctuation, le bien nouveau étant appréhendé définitivement en lui-même, force est de lui faire confiance. La subrogation une fois accomplie, la valeur a changé d'avenir en changeant de contenant matériel. Elle court désormais les chances et les risques que lui réserve le

---

devenue insuffisante (sous-assurance involontaire). Ces deux formes de sous-assurances ne sauraient altérer le principe indemnitaire de l'assurance qui conduit à l'équivalence entre l'indemnité et le bien assuré (cf. Planiol et Ripert, XI, par J. Lepargneur, N° 1336 texte et note 2).

(143) Cf. Demogue, Rev. crit., 1901, pp. 295 et suivantes, 301 et 302, cf. *infra*, N^{os} 326 et suivants et 532.

(144) Cf. *infra*, N^{os} 326 et suivants, 533 et suivants.

(145) Cf. *supra*, N^{os} 80 et suivants.

bien nouveau. Seule une nouvelle subrogation peut modifier cette destinée. La matérialité pèse, ici, de tout son poids sur les exigences de l'équivalence.

Cette même matérialité met, au contraire, au premier plan, l'exigence de la provenance. Puisque la subrogation réelle consiste toujours à appréhender les biens matériels, toute règle qui détermine directement le choix de ce bien prend, très naturellement, une importance majeure.

II. — NECESSITE DE LA PROVENANCE

274. — A ne considérer la subrogation que sous son aspect mécanique, elle apparaît comme parfaitement concevable, quelle que soit l'origine du bien nouveau. Rien n'empêche, en effet, le législateur ou les particuliers de décider une subrogation sur un bien nouveau n'ayant aucun lien économique avec le bien ancien et n'en provenant pas. Dès lors que le bien nouveau est apte à recevoir la même destination que l'ancien, à être comme lui objet du droit par lequel se réalise cette destination, la subrogation est techniquement possible. A ce point de vue, l'équivalence paraît plus nécessaire que la provenance, car elle peut traduire une identité d'aptitude à satisfaire une même destination, alors que la provenance lui est indifférente. Si la subrogation se réalisait ainsi sans que le bien nouveau provienne de l'ancien, elle dégagerait une conception strictement finaliste et fonctionnelle de la représentation réelle. Le bien nouveau représenterait l'ancien en ce sens qu'il serait soumis à la même fonction que lui, en étant, comme lui, objet du droit conservé par subrogation ; il le représenterait dans l'accomplissement d'une mission commune.

Outre cette première conception de la représentation réelle, il en existe une seconde : le bien nouveau peut représenter l'ancien dans la mesure où, dans un même patrimoine, il identifie la même valeur en capital. C'est alors la notion de valeur individualisée qui crée l'unité, élément essentiel de la représentation. Un bien en représente un autre parce que tous deux représentent, en réalité, la même valeur, c'est-à-dire le même élément de capital, de richesse. Ainsi entendue, la représentation réelle repose sur la provenance. C'est dans la mesure où le bien nouveau provient de l'ancien, au sens que nous avons précisé (146), qu'il identifie la même valeur que lui dans un patrimoine donné. La provenance reflète donc une conception plus objective de la représentation réelle, car elle repose sur la réalité économique.

275. — Or, il est capital de remarquer que si le raison-

(146) Cf. *supra*, N° 258.

nement distingue les deux conceptions, la réalité les complète l'une par l'autre. De même que la seconde conception commande la première (147), de même la première sans la seconde devient purement formelle et arbitraire. Elle exprime une possibilité technique isolée des réalités pratiques. Aussi bien, la subrogation d'un bien nouveau à un autre dont il ne provient pas, se trouve-t-elle dépouillée de justification. S'il peut paraître normal, car équitable, d'attribuer, par exemple, au créancier hypothécaire l'indemnité de responsabilité due au débiteur pour la perte de la chose hypothéquée, c'est parce que cette indemnité individualise, dans le patrimoine du débiteur, la même valeur que cette chose. Et c'est précisément cette valeur qui a été affectée au paiement préférentiel du créancier hypothécaire. Or, l'indemnité individualise la même valeur que la chose parce qu'elle en compense la perte, c'est-à-dire parce qu'elle en provient (148). Dès lors, si l'indemnité n'est pas attribuée au créancier hypothécaire, l'accident profite aux créanciers chirographaires, ce qui est injuste. Ainsi, l'idée de valeur individualisée, donc de provenance, conduit naturellement à la notion de contre-valeur et de subrogation réelle. Mais, inversement, la subrogation sans provenance devient sans fondement. Si on attribuait aux créanciers hypothécaires une créance sans rapport avec l'immeuble, on les ferait profiter d'une valeur qui revient aux créanciers chirographaires. La subrogation réelle sur un bien nouveau, ne provenant pas de l'ancien, part de l'arbitraire et aboutit à l'injustice. On peut le vérifier sur d'autres exemples. La subrogation qui, lorsqu'elle fonctionne sur un bien nouveau provenant d'un ancien aliéné, garantit l'équilibre des patrimoines sous le régime de communauté et, par là, participe de l'esprit du régime, fausserait, au contraire, cet équilibre et trahirait cet esprit si elle s'appliquait à un bien ne provenant pas d'un propre originaire. De même, s'il paraît juste et en tout cas rationnel que le droit du preneur à bail se transporte, après destruction du local loué, sur le local reconstruit avec une somme d'argent provenant du premier local, c'est-à-dire représentant dans le patrimoine du bailleur la même valeur que le local initial, cette subrogation paraît, au contraire, anormale si le local reconstruit représente d'autres valeurs investies par le bailleur. On conçoit mal, dans ce dernier cas, que la subrogation puisse se faire sans l'accord du bailleur, ce qui enlève à la question tout son intérêt.

Cet exemple conduit à dégager la notion de la valeur qui inspire la subrogation réelle. Le preneur à bail n'attache, au local, qu'une *valeur d'usage*. Nous avons déjà remarqué

(147) Cf. *supra*, N° 260.
(148) Cf. *supra*, N° 243.

que cette valeur était indifférente à la provenance du bien nouveau (148 bis). Mais on voit à quel point le rôle joué par cette conception de la valeur est restreint dans la subrogation réelle. Même lorsqu'elle intervient, la valeur d'usage est tempérée par la *valeur d'échange*. Ainsi, le bailleur, de son côté, considère le bien qu'il loue sous l'angle des loyers qu'il lui rapporte, considération qui relève de la valeur d'échange. Et s'il est normal que le nouvel immeuble soit affecté aux mêmes locataires que l'ancien, dans la mesure où il individualise la même valeur dans le patrimoine du bailleur, le même fait devient arbitraire dans le cas contraire. On touche là à une vérité générale. La condition de provenance est dans la logique de la valeur d'échange. C'est parce que cette notion de la valeur occupe une place majeure dans la théorie de la subrogation, la valeur d'usage y étant pratiquement négligeable, que la provenance conditionne la subrogation.

Au regard de la valeur d'échange, en effet, la subrogation réelle, sans la condition de provenance du bien nouveau, devient un moyen qui ne répond plus à son but et qui, par là, perd son fondement. Il est normal qu'il en soit ainsi. Puisque sur le plan technique la subrogation, dans son résultat, individualise la valeur par la destination qu'elle lui impose en créant une véritable unité fonctionnelle, il est normal que ce résultat corresponde à la réalité économique. A l'unité de valeur par la destination doit répondre l'unité de valeur effective dans la réalité des choses. La concordance entre les deux conceptions de la représentation réelle est une donnée fondamentale du problème de la subrogation. Si on la perd de vue, on fait de la subrogation réelle une technique sans vie, donc sans intérêt, car la technique ne se suffit jamais à elle-même. La condition de provenance du bien nouveau est *imposée*, non pas par la nature technique de la subrogation, mais par son but (149). Et le but est un élément dont on ne doit pas faire abstraction. *C'est le but de la subrogation réelle qui, en s'attachant à la valeur d'échange des biens, fait de la provenance du bien nouveau un élément nécessaire à la contre-valeur.*

On aperçoit sans doute, alors, la raison pour laquelle nous n'avons pas cru devoir préciser, dès le début de ce chapitre, si par l'expression « contre-valeur » nous entendions désigner tout bien effectivement subrogé, dans les cas où la subrogation fonctionne effectivement, ou tout bien remplissant les deux conditions d'équivalence et de provenance, déterminées *à priori* par le raisonnement abstrait.

(148 bis) Cf. *supra*, N° 72.

(149) Cf. *infra*, II[e] partie, titre I. Il n'est pas surprenant de relever ainsi une interdépendance entre le but et l'objet du procédé technique.

Cette distinction n'a de sens que sur le plan formel et technique. Dans la réalité, elle n'en a aucun, les deux conceptions devant normalement se rejoindre. A une notion de la représentation, dégagée *à posteriori* par la subrogation accomplie, répond une notion existant *à priori* avant toute subrogation et appelant normalement celle-ci. Traiter des deux notions séparément revenait à les supposer et, par là, à fausser le problème de la subrogation réelle. Mais il n'était possible de justifier leur identification qu'en démontrant la nécessité rationnelle de la provenance.

Il reste à vérifier si le droit positif consacre et confirme ces données rationnelles.

2e POINT. — DROIT POSITIF

276. — Ainsi, les données théoriques du problème conduisent à attendre une exigence rigoureuse de la provenance et un fléchissement relatif de l'équivalence, surtout après la fluctuation matérielle. Il est fort notable que le droit positif, dans son ensemble, consacre ces données.

I. — EXIGENCE D'UN LIEN DE PROVENANCE ENTRE LE BIEN NOUVEAU ET LE BIEN ANCIEN

A. — Règle générale

277. — Cette exigence ressort des décisions spéciales de subrogation qu'il arrive généralement au législateur de prendre. Qu'il s'agisse des articles 132, 747 al. 2, 76, 1407, 1434, 1553, 1556, 1558, 1559, 1934, 1935 du Code civil, ou de l'article 575, al. 2, du Code de Commerce, pour ne citer que quelques exemples parmi les plus courants, toujours la subrogation intervient à l'occasion d'une vente, d'un échange, voire d'un remploi, toutes opérations qui remplissent la condition de provenance telle que nous l'avons précisée (150). Et il suffit de lire les textes pour s'apercevoir qu'ils marquent toujours la nécessité de cette filiation qui doit unir les différents biens se succédant dans un même patrimoine, même si cette filiation est prévue à travers plusieurs opérations successives, comme c'est le cas pour l'article 132. Et il est notable que l'article 1302 du Code civil, relatif à la subrogation des indemnités à la chose due dans les actions personnelles en livraison, exige que les indemnités existent entre les mains du débiteur « par rapport » à la chose due. Tous ces textes

(150) Cf. *supra*, section I, § 2.

ne conçoivent la subrogation réelle que sous la condition que le bien nouveau provienne de l'ancien.

La jurisprudence, de son côté, ne se fait pas faute de subordonner la subrogation réelle à la provenance du bien nouveau. Elle ne manque pas de constater expressément cette provenance lorsqu'elle admet la subrogation (151) et l'absence de provenance pour justifier le refus de la subrogation (152). Si la conception que la jurisprudence se fait, dans certains cas, de la provenance est l'objet de critiques doctrinales (153), il n'en va pas de même du rôle qu'elle attribue à cette provenance pour former la notion de contre-valeur, condition de la subrogation réelle. Les auteurs sont d'accord pour approuver spontanément et implicitement les tribunaux, dans la mesure où ceux-ci subordonnent la subrogation au fait que le bien nouveau provienne de l'ancien (154). Et Bonnecase, traitant de la subrogation réelle en général, s'il ne croit pas utile de démontrer la nécessité de la provenance l'affirme néanmoins de façon plus dogmatique en remarquant que, sans elle, la subrogation conduirait à l'arbitraire et même à la fraude (155).

A considérer le droit positif dans son ensemble, on est amené à conclure que la loi et la jurisprudence, approuvées par la doctrine, exigent la provenance du bien nouveau comme une condition nécessaire de la subrogation réelle.

B. — Recherche des exceptions

278. — Ce principe général une fois établi, il convient pourtant de rechercher s'il n'existe pas, dans certains cas, des subrogations sur des biens nouveaux qui ne satisfont pas à la condition de provenance telle que nous l'avons dégagée.

a) Sous le régime de la loi du 12 juillet 1941, relative à la reconstruction des immeubles d'habitation partiellement ou totalement détruits par suite d'actes de guerre, les dommages de guerre ne faisaient pas l'objet d'une « réparation ». L'Etat participait seulement aux dépenses de reconstruction par un concours financier ne dépassant pas 80 %, et dans certaines hypothèses 90 % (articles 5 et 6, loi du 12 juillet 1941). La loi de 1941 était une loi de reconstruction et non

---

(151) Cf. Colmar, 25 août 1826, S. 1828. 2. 17 ; Trib. civ. Rouen, 25 juillet 1828, S. 1831. 1. 291 ; Montpellier, 28 janvier 1935, D.H. 1935. 229.

(152) Cf. Civ., 28 juin 1831, S. 1831. 1. 290 ; Grenoble, 27 février 1834, S. 1834. 2. 367 ; Paris, 8 décembre 1879, D. 1881. 2. 23.

(153) V., notamment, à propos de l'indemnité d'assurance, *supra*, N° 248.

(154) Cf., notamment, doctrine citée *supra*, notes (66), (68 bis), (69), et M. Henry, tout au long de sa thèse, particulièrement titre II, chap. VIII.

de réparation. Elle s'opposait ainsi à celle du 17 avril 1919, qui reconnaissait au sinistré un véritable droit à réparation du dommage par lui subi du fait de la guerre (article 1er).

Toutefois, le sinistré qui, sous le régime de 1941, décidait de ne pas reconstruire recevait une « indemnité d'éviction » égale à 30 % du montant qu'aurait atteint la participation de l'Etat en cas de reconstruction. C'était le refuge ultime et restreint de l'idée de réparation. Or, si d'après l'article 12 de la loi du 12 juillet 1941 cette indemnité était subrogée à l'immeuble sinistré dans l'exercice des droits réels qui grevaient ledit immeuble, il en allait de même des immeubles reconstruits grâce, en grande partie, à la participation financière de l'Etat. Et, vu la nature de cette participation, ces immeubles ne provenaient pas de l'immeuble sinistré, au sens que nous avons dégagé.

Il semble, toutefois, qu'on ne doive pas exagérer la portée de ce raisonnement assez formel. S'il est vrai que la participation financière de l'Etat n'était qu'une aide à la reconstruction, subordonnée à l'accomplissement de celle-ci, ce principe avait une signification d'ordre politique. L'Etat à cette époque, n'a pas voulu reconnaître au particulier un droit contre lui ; il n'a pas voulu non plus s'engager à de trop gros frais. En revanche, il tenait à stimuler la reconstruction. C'est pourquoi il s'est écarté des principes posés par la loi du 17 avril 1919 (156). Il a apporté son « concours », au lieu d'« indemniser ». Mais la différence existait plus dans les mots que dans la réalité. La somme allouée par l'Etat évitait au sinistré de puiser dans son patrimoine une *autre* valeur pour reconstruire un nouveau bien. De sorte que le résultat de la participation financière était de compenser, dans le patrimoine du sinistré, la perte causée par le sinistre, sauf à subordonner cette compensation à un remploi. Cela est si vrai que la loi du 28 octobre 1946, qui adhère de nouveau aux principes de 1919 (cf. son article 1er) et qui entend indemniser intégralement le sinistré (articles 2 et 16), subordonne cette indemnisation intégrale (sous réserve, du reste, d'abattements prévus aux articles 15 et 17) à la reconstruction effective.

Visant à la fois la réparation et la reconstruction, la loi du 28 octobre 1946 (157) a accordé au sinistré une véritable indemnité qu'elle a subordonné à un remploi.

L'analogie pratique sur ce point est frappante avec la loi du 12 juillet 1941. Elle se complète par le fait que la loi du 28 octobre 1946, comme celle du 12 juillet 1941, n'alloue

(155) Cf. *supra*, N° 52, 4°.

(156) Cf. Teitgen, J.C.P. 1941. 1. 209 bis.

(157) Cf. De Boecque, Henry - Gréard et Merveilleux du Vignaux, J.C.P. 1947. 1. 612, chapitre préliminaire et particulièrement Nos 15 et 16.

au propriétaire qui ne reconstruit pas qu'une indemnité encore qualifiée « d'éviction », égale à 30 % de l'indemnité de reconstitution.

Il serait donc exagéré de conclure que la participation financière de l'Etat prévue par la loi du 12 juillet 1941 ne « provient » pas du bien sinistré. Dans la réalité, comme une indemnité partielle, elle compense dans le patrimoine du sinistré la perte du bien et c'est là le trait de la provenance. La loi du 12 juillet 1941, aujourd'hui du reste abrogée, ne créait pas vraiment de subrogation réelle sans provenance.

279. — b) Un autre exemple pourrait paraître résulter des lois du 1er septembre 1948 (article 70) et du 2 août 1949 transportant les baux d'immeubles détruits par faits de guerre, sur les immeubles reconstruits. Ces textes ne subordonnent pas la subrogation qu'ils prévoient à une origine quelconque des sommes employées à la reconstruction, notamment pas à la réception de l'indemnité de dommages de guerre prévue par la loi du 28 octobre 1946.

Là encore l'exception n'est qu'apparente, elle serait pourtant concevable.

La subrogation est inspirée ici par l'intérêt du preneur. Or, celui-ci n'attache à la chose louée qu'une valeur d'usage. C'est un cas exceptionnel où cette conception de la valeur n'est pas étrangère à la subrogation réelle. Or, la valeur d'usage est indifférente à la condition de provenance (157 bis). Cela est vrai. Mais il est aussi vrai que le bailleur, lui, ne considère pas la chose louée sous le même angle. Et, en tout cas, il paraît fort douteux que les lois de 1948-1949 aient apporté une exception réelle à l'exigence de la provenance.

Il faut d'abord remarquer que ces lois édictent la subrogation en cas de reconstruction «même sur un autre terrain». Or, comment savoir, en ce cas, qu'il s'agit bien de l'immeuble ancien reconstruit et non d'un immeuble nouveau, autrement que par l'origine des sommes employées. Il faut ensuite relever que, dans l'esprit des textes, ces sommes doivent provenir de l'indemnité de dommages de guerre. L'article 70, al. 6, déclare le transport des baux inopposable au propriétaire qui a reconstruit une habitation personnelle en employant une autre indemnité de dommage de guerre. Cette disposition prouve que, dans l'esprit du législateur, c'est la reconstruction au moyen de cette indemnité qui entraîne normalement la subrogation dans le droit du preneur à bail.

Enfin, de toute façon, dans les cas prévus par les lois de 1948-1949, il s'agit de destruction soit par faits de guerre

(157 bis) Cf. *supra*, Nos 72 et suivants.

ou assimilés (la loi de 1948 crée en cela une référence implicite à celle du 28 octobre 1946, art. 2 et 6), soit par faits de guerre stricto-sensu (loi de 1949). Or, dans de telles hypothèses, le propriétaire qui reconstruit a droit à l'indemnité de dommages de guerre, qui ne lui est versée que sous la condition de remploi dans les conditions fixées par les articles 31 et suivants de la loi du 28 octobre 1946.

De sorte que, de toute façon, la reconstruction est faite au moyen de l'indemnité.

Dès lors, l'absence de toute exigence particulière d'origine des fonds dans les lois de 1948-1949 se ramène à prévoir la subrogation, même si le propriétaire a reconstruit avant de percevoir une indemnité. Il ne s'agit alors que d'un remploi par anticipation.

Et cette opération, nous l'avons vu, respecte la condition de provenance dès lors que l'emploi de l'indemnité de dommages de guerre est également obligatoire (158).

280. — c) Dans cet ordre d'idées, on peut citer un troisième exemple apparent de subrogation d'un bien nouveau à un ancien, dont il ne provient pas. Cet exemple résulte de l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 avril 1901 (159). Un immeuble ayant été donné à une commune avec charge d'y entretenir une école dirigée par les frères de la doctrine chrétienne, les bénéficiaires de la charge, le donataire et les ayants cause du donateur se mettaient d'accord, vingt ans après la donation, pour substituer à l'immeuble donné un autre immeuble spécialement acheté par la commune donataire afin de continuer à y entretenir l'école.

La substitution s'était ainsi opérée sans être subordonnée à l'aliénation par la commune donataire d'un autre immeuble lui appartenant, aliénation qui était du reste invenue par la suite. Le nouvel immeuble ayant été ainsi subrogé à l'ancien, sans que celui-ci ait été aliéné, comment pourrait-on soutenir qu'il en provenait ?

De sorte qu'il semble qu'on ne doive parler dans cette espèce que d'une représentation fonctionnelle, le nouvel immeuble représentant l'ancien en ce sens seulement qu'il était destiné à la même fin et à la même fonction que lui, sans toutefois individualiser la même valeur économique dans le patrimoine du donataire.

Mais, là encore, une telle conclusion paraît hâtive. D'abord il n'est pas sûr que les juges n'aient pas tenu compte

(158) Comp. *supra*, N° 237 *in fine*.

(159) D. 1902. 1. 33, note Planiol, S. 1903. 1. 321, note Saleilles. Cet arrêt fait partie de la série intervenue en matière de libéralités avec charge qui a été l'occasion d'une tentative de renouveler la théorie de la subrogation réelle, cf. *supra*, N° 23 texte et note (87).

de l'aliénation ultérieure conclue par la commune donataire. En effet, l'arrêt, pour approuver la subrogation admise par les juges du fond, constate expressément, parmi les faits justifiant la subrogation, outre l'accord de tous les intéressés, l'acquisition nouvelle, son affectation effective à l'exécution de la charge, deux faits significatifs : 1°) la commune avait repris la libre disposition du bien initialement donné ; 2°) elle avait effectivement aliéné ledit bien.

« Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que... la commune reprenait la libre disposition de la propriété de l'immeuble qui avait été donné... ; que la commune a aliéné une partie de l'immeuble de Lapparo (immeuble donné). » Il faudrait, pour estimer que cette aliénation n'a joué aucun rôle dans la subrogation, déclarer surabondants les motifs précités.

Rien, au fond, n'autorise cette conclusion peu probable. Mieux vaut voir, dans cette espèce, un cas de remploi par anticipation.

Mais, posant le problème sur des bases plus larges, il convient de se demander si la subrogation réelle aurait été possible au cas où la donataire n'aurait procédé à aucune aliénation postérieure. La réponse affirmative paraît possible, sans que la condition de provenance soit pourtant méconnue. L'acquisition nouvelle ayant eu lieu dans le but de remplacer le bien ancien désaffecté, elle compense la perte de ce dernier, non pas certes dans le patrimoine du donataire, mais plus précisément dans *l'objet de la charge,* c'est-à-dire du droit du bénéficiaire qui porte sur un élément précis de ce patrimoine. Par rapport à ce droit, la corrélation réelle entre la désaffectation du bien ancien et l'acquisition du bien nouveau existe et on peut parler de provenance. La tentation de nier cette provenance vient, en réalité, d'un confusion entre les éléments même qui réalisent la fluctuation. Dans l'espèce du 29 avril 1901, le premier terme de la fluctuation résultait non de *l'aliénation* du bien, mais de sa *désaffectation.* Et la désaffectation ne se produit que par rapport au droit du bénéficiaire de la charge.

Ce point admis, il ne faut pas voir dans le second terme de la fluctuation l'*acquisition* nouvelle, mais la *réaffectation :* c'est seulement alors qu'on compare des éléments comparables. Et on est ainsi naturellement conduit à admettre une possibilité de subrogation réelle, simplement lorsque la fluctuation de l'objet de la charge s'opère par désaffectation du premier bien et affectation d'un nouveau, même sans que celui-ci ait été spécialement acquis par le donataire.

Ce genre de fluctuation inhabituel doit s'apprécier non seulement par rapport à un patrimoine, mais encore par

rapport à un droit précis (160). A cette condition, le lien de provenance, tel que nous l'avons dégagé, se trouve respecté.

On peut dire, en effet, qu'au regard du droit du bénéficiaire de la charge, la disparition de l'objet ancien est la cause réelle et directe de l'apparition d'un objet nouveau, donc que celui-ci provient de celui-là. L'analyse, du reste, demeure vraie à l'égard du patrimoine du donataire ; le bien nouvellement affecté individualise dans ce patrimoine la même valeur économique que celle représentée par le bien donné, initialement affecté. Et il en est ainsi parce que la réaffectation est corrélative à une désaffectation, dont elle assure la compensation. Désaffectation et réaffectation corrélatives individualisent, dans le patrimoine du donataire, la même valeur qu'une aliénation et une acquisition présentant les mêmes caractères.

281. — Nous ne trouvons donc pas d'exception véritable à la règle générale exigeant que le bien nouveau provienne de l'ancien. Les cas que nous avons été amenés à examiner soulignent tout au plus la possibilité simplement technique d'une subrogation sur un bien nouveau ne provenant pas de l'ancien. Mais une telle subrogation serait tellement arbitraire qu'on ne la rencontre pratiquement pas en droit positif. Si l'on rapproche cette constatation des données théoriques que nous avons exposées (161), on peut conclure à la nécessité effective de la condition de provenance. Cette nécessité entraîne des conséquences qui méritent d'être relevées : a) la condition de provenance implique logiquement *l'inaptitude des actes à titre gratuit à procurer des contre-valeurs*. Puisque le bien nouveau doit provenir de l'ancien, il faut que l'acte par lequel cet ancien a disparu du patrimoine considéré ait procuré à ce patrimoine une contre-partie. La contre-valeur n'est, au fond, qu'un aspect matériel de la contre-partie. On peut donc exclure les actes gratuits de ceux qui engendrent une occasion de subrogation réelle (162). b) La nécessité de provenance ainsi établie peut entrer en conflit avec celle de l'équivalence. L'exigence de la provenance concerne la matérialité de l'objet de la subrogation réelle.

Il n'y a de provenance que d'un bien matériel déterminé et, par son intermédiaire obligé, de la valeur qu'il individualise. Or, il se peut que le bien qui provient de l'ancien ne soit pas d'une valeur égale à celle de l'ancien. La subro-

(160) Il faut ici se rappeler la précision que nous avons apportée dès le début de l'étude générale de la provenance. C'est non seulement par rapport à un patrimoine mais par rapport à un droit précis portant sur un élément de ce patrimoine qu'il faut comprendre la provenance ; cf. *supra*, N° 236, note (19 bis).

(161) Cf. *supra*, N°s 274 et suivants.

(162) Cf. Demogue, Rev. critique, 1901, p. 303.

gation réelle est-elle ou non admise en un tel cas ? C'est ainsi que se pose le problème de la nécessité de l'équivalence en présence de celle de la provenance.

Les données théoriques laissent attendre un fléchissement de l'équivalence (*supra*, N° 273). Comment le droit positif les consacre-t-il ?

II. — LES LIMITES DE L'EQUIVALENCE

282. — Il convient de rechercher si, le bien nouveau étant supposé provenir de l'ancien, la subrogation joue ou non, alors que la valeur de ce bien n'est pas égale à celle de l'ancien. Il importe, à cet égard, de remarquer que l'inégalité entre les montants des deux valeurs choque différemment, selon les cas, la logique de l'équivalence. Cette logique reçoit, certes, sa pleine satisfaction quand l'égalité rigoureuse est réalisée. Mais elle ne conduit pas à écarter rigoureusement la subrogation dans tous les cas où l'égalité n'existe pas.

Ainsi, quand la valeur nouvelle est *inférieure* à l'ancienne, la logique de l'équivalence ne conduit pas à écarter la subrogation malgré cette inégalité.

Puisqu'on a décidé de conserver une valeur comme objet de droit, malgré la fluctuation matérielle de cet objet, aucune raison ne commande de ne rien conserver, dès lors que la valeur nouvelle est inférieure à l'ancienne. Bien au contraire, si la conservation intégrale s'avère pratiquement impossible à réaliser, la logique invite à garder de la valeur ancienne tout ce qu'on peut garder plutôt que de tout perdre.

Et, sur le plan technique, on peut alors estimer que la valeur nouvelle tout entière est égale à une fraction de l'ancienne. Il est donc normal, au point de vue de l'équivalence, qu'elle représente cette fraction, et elle seule. La logique de l'équivalence conduit naturellement, ici, à une solution consacrant une « équivalence partielle ».

L'incompatibilité entre les exigences de la provenance matérielle et celles de l'équivalence apparaît lorsque la valeur nouvelle est *supérieure* à l'ancienne. Sur le terrain de l'équilibre quantitatif, l'excédent ne peut alors correspondre à aucune fraction de la valeur ancienne. Il correspond, du reste, parfois à une autre valeur ancienne. Tel est le cas lorsque deux ou plusieurs biens anciens cèdent la place à un seul bien nouveau. Ainsi, le décret du 1er septembre 1936 sur les remembrements prévoyait, en son article 231, le report des droits réels qui grevaient plusieurs parcelles anciennes sur l'immeuble unique acquis en échange par le même propriétaire (163).

(163) Cf. Becqué, la réorganisation foncière et le *remembrement*, J.C.P. 1941. 1. 22 bis, N° 51 *in fine*.

Tel est le cas encore lorsqu'un bien nouveau est acquis par un époux commun en biens, en partie avec des valeurs propres, en partie avec des valeurs communes. Il en va de même des acquisitions faites par la femme, mariée sous le régime dotal, avec des valeurs partiellement paraphernales et partiellement dotales. La logique de l'équivalence conduit alors à diviser la valeur nouvelle et à la considérer comme représentant chacune des valeurs anciennes, ce fractionnement s'appliquant du reste également à la provenance. Mais, si l'excédent de la valeur nouvelle ne trouve aucune contre-partie antérieure, la logique de l'équivalence conduit à ne faire jouer la subrogation que sur un montant de la valeur nouvelle, au plus égal à la valeur ancienne. Le fractionnement de la valeur nouvelle s'impose ici. De sorte que *si la subrogation joue sur toute la valeur nouvelle supérieure à l'ancienne sans aucun fractionnement, elle ne peut être déterminée par un souci d'équivalence même largement entendue*. Il faut alors conclure que l'équivalence n'est pas une condition nécessaire et que la provenance seule intervient.

L'utilité de ces remarques sommaires apparaît dans l'étude du droit positif. Elles permettent d'apprécier les reculs de l'équivalence devant les exigences matérielles que postule, d'autre part, la rigueur de la provenance. Ces reculs peuvent provenir du souci pratique de se contenter d'une équivalence approximative, voire de s'en passer, plutôt que de refuser catégoriquement la subrogation au moment de la fluctuation matérielle. Ils résultent aussi du fait que le bien provenant de l'ancien impose inévitablement au montant de la valeur qu'il individualise désormais, des variations ultérieures étroitement liées à sa matérialité.

A. — Au moment de la fluctuation matérielle

283. — C'est alors, qu'il est possible de mieux apprécier l'importance attachée à l'équivalence.

Rien n'empêche, en effet, à ce moment, de subordonner la subrogation à cette condition ou tout au moins de ne l'admettre que dans la mesure de la valeur la plus faible (164).

Du reste, la plupart du temps, le droit positif n'a pas à *exiger* l'équivalence comme une condition indépendante de la provenance. Le seul respect de celle-ci empêche très généralement, au moment de la fluctuation, l'acquisition d'une valeur nouvelle *supérieure* à l'ancienne. Dans le cadre de la provenance, le bien nouveau consiste très généralement en une créance de prix, d'indemnité ou dans le remploi de celle-ci. Une telle créance doit, d'autre part, être réputée égale à

(164) Cf. *supra*, N° 273.

la valeur vendue, détruite, etc... d'après la nature même de l'acte juridique en vertu duquel elle apparaît dans le patrimoine (165). De sorte que l'acquisition résultant de son emploi peut être inférieure, mais non supérieure, du moins nominalement, à la valeur initiale. Or, la subrogation d'une valeur inférieure à l'ancienne ne choque pas, nous l'avons remarqué (*supra*, N° 282), les exigences de l'équivalence, qui n'excluent que la subrogation d'une valeur supérieure. Dès lors, les nombreuses décisions qui prévoient la subrogation du prix ou des indemnités diverses à la chose, et, en cas de remploi, de la chose au prix ou à l'indemnité, respectent automatiquement à la fois les conditions de provenance et d'équivalence de la valeur nouvelle.

Comme la très grande majorité des décisions de subrogation (166) concernent ces exemples simples de fluctuation, on voit qu'en règle générale les exigences d'équivalence sont satisfaites par le seul respect de la provenance, sans susciter de prescriptions spéciales les concernant.

De sorte que si le respect de l'équivalence est très général, il est aussi implicite ; et ce caractère empêche d'y voir plus qu'un simple désir ou une tendance. Il ne repose pas sur une exigence formelle.

284. — A la vérité, pour trouver des exemples où la valeur nouvelle excède l'ancienne tout en en provenant, il faut envisager des hypothèses assez particulières où la provenance est double ou multiple. Le cas se présente, le plus fréquemment, dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux. Un époux commun en biens acquiert un bien nouveau au moyen de valeurs en partie propres et en partie communes. Ou encore, une femme dotale acquiert un bien en payant cette acquisition en partie avec des valeurs dotales, conformément aux stipulations de son contrat de mariage. Le bien nouveau procuré par de telles acquisitions a une valeur supérieure à celle du bien propre ou du bien dotal aliéné. Et, s'il est subrogé à ce bien propre ou dotal, on a l'exemple d'une contre-valeur supérieure au bien initial.

Il est bien vrai, qu'en un tel cas, la provenance elle-même n'est pas unique. Le bien nouveau provient pour une part d'une valeur propre ou dotale, et pour une autre part d'une valeur commune ou paraphernale (ou de deniers empruntés).

---

(165) *Supra*, N° 233. Cela est vrai aussi de l'indemnité d'assurance qui ne peut dépasser la valeur de la chose assurée (art. 28, loi du 13 juillet 1930).

(166) Cf. par exemple : articles 132, 747, al. 2, 766, 1303, 1434, 1436, 1553, 1556, 1558, 1934, 1935, du Code civ. ; art. 547, al. 2, du Code du com. ; loi du 13 juillet 1930, art. 37.

Et on peut se demander, au premier abord, si la subrogation totale du bien nouveau à l'ancien ne méconnaîtrait pas l'exigence de la provenance autant que celle de l'équivalence. Cette conclusion serait inexacte. La provenance n'est pas une notion quantitative ; elle ne peut être, à strictement parler, mesurée, ni par conséquent divisée ou additionnée. Il est seulement possible de constater sa présence ou son absence. Dans l'hypothèse que nous envisageons, le bien nouveau a, *pour le tout,* deux origines. Il faut voir là le *cumul* plus que la *somme* de deux provenances.

Et une décision quelconque qui, pour subroger la totalité du bien nouveau au bien propre ou dotal, ignore la provenance commune ou paraphernale, ne méconnaît pas la provenance propre ou dotale pour autant. Choisir entre deux provenances, c'est encore respecter l'exigence de la provenance en général. On ne peut donc voir dans une décision qui admet la subrogation du bien nouveau, en ne tenant compte que de l'origine propre ou dotale dûment établie, une méconnaissance des données générales de la provenance.

Mais, dans la mesure où la subrogation fonctionne alors sur un bien d'une valeur supérieure à l'ancien, elle implique une méconnaissance des exigences de l'équivalence (167) et, par conséquent, un recul de celle-ci.

Si, au contraire, la subrogation du bien nouveau à l'ancien est limitée au montant de la valeur de ce dernier, les données de l'équivalence sont respectées.

En dehors de ce fractionnement, il faut seulement remarquer que les montants respectifs, dans la mesure où ils révèlent la valeur originaire principale, fournissent une raison de choisir entre les provenances possibles en appliquant à cette notion la maxime générale « *Accessorium sequitur principale* ».

Cette idée conduit à une solution unique. Elle implique un choix entre deux provenances, la notion d'accessoire ne pouvant concerner que celles-ci et étant étrangère à l'équivalence, voire à toute conception strictement quantitative.

C'est donc dans l'hypothèse de provenances multiples qu'il est possible de mesurer l'importance attachée à l'équivalence au moment de la fluctuation matérielle. Il n'est pas étonnant que cette importance apparaisse, de façon particulièrement aiguë, en matière de régimes matrimoniaux. Il existe, en effet en ce domaine, plusieurs masses de biens entre lesquelles il importe de maintenir un équilibre plus ou moins strict. Cet équilibre implique en lui-même une notion quantitative de la valeur. Il est donc normal que l'attention

---

(167) Cf. *supra,* N° 282.

du législateur, et surtout celle de la jurisprudence et de la doctrine se soient portées sur le rôle de l'équivalence dans la subrogation réelle. Les solutions actuelles sont, du reste, loin d'être homogènes.

1°) *Sous le régime de communauté.*

285. — C'est sous le régime de communauté qu'on rencontre, à cet égard, les plus sérieuses hésitations.

Le problème se pose chaque fois qu'un époux emploie à l'acquisition d'un nouveau bien des valeurs propres et des valeurs communes. Cette hypothèse est réalisée dans l'échange avec soulte lorsque l'immeuble acquis a une valeur supérieure à celle de l'immeuble aliéné, la soulte étant payée, par exemple, par la communauté. La question est identique lorsque les deniers servant à un achat proviennent pour une partie de l'aliénation antérieure d'un propre (remploi) et pour une autre partie des fonds communs (168).

Quelle doit être, dans ces hypothèses, la qualification des biens nouveaux ? Dans quelle mesure ces biens peuvent-ils être subrogés aux propres, dont ils proviennent au moins partiellement ?

Plusieurs systèmes sont possibles, et effectivement proposés pour résoudre cette question. Leur pluralité même révèle l'embarras.

a) Il ne fait pas de doute que la solution commandée par une conception rigoureuse de l'équivalence serait de déclarer le bien nouveau propre, à concurrence de la valeur propre ancienne et commun pour le surplus (169). Il est fort notable que cette solution de l'équivalence est traditionnel-

---

(168) Le problème se pose dans des conditions analogues à propos de la qualification des actions nouvelles acquises par un époux, en vertu d'un droit de souscription attaché à des actions anciennes propres, mais au moyen de deniers communs. Ces actions nouvelles n'ont évidemment pas à être subrogées aux anciennes qui n'ont pas disparu du patrimoine propre. Le droit de souscription est un droit aux réserves sociales. Il fait partie de l'action ancienne dont il est un accessoire et s'en détache pour s'incorporer à l'action nouvelle (cf. P. Kayser, J.C.P. 1949. 1. 800) lors de l'émission de celle-ci. L'action nouvelle, dans la mesure où elle contient la valeur de ce droit de souscription, est donc *constituée* par un élément propre antérieur ; elle ne le remplace pas. Par suite, si on le déclare propre pour le tout, il ne s'agit pas d'un accroissement d'un propre (cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N°s 416 et 419 ; Ripert et Boulanger, III, N° 318). Mais ce problème de qualification se pose dans les mêmes termes que s'il s'agissait d'un remplacement matériel ; l'action nouvelle contient en elle un élément propre et elle provient, pour une autre partie, d'une valeur commune.

(169) Cf. *supra*, N° 282.

lement soutenue en cas d'échange (170) et en cas de remploi (171). La tradition lui apporte, toutefois, une limite : si la valeur fournie par la communauté est minime ou, au contraire, très élevée par rapport à la valeur totale du nouveau bien, celui-ci est propre ou commun pour le tout, sauf le jeu des récompenses dans un sens ou dans l'autre (172).

On a justement fait remarquer que ce système, en cas d'échange, aboutissait à une double qualification de l'acte juridique en échange et vente, alors que cet acte recouvre une seule opération.

Par sa nature, le contrat est unique, et le caractère artificiel de sa double qualification ressort si on veut déterminer le régime juridique qui lui est applicable (173). D'autre part, le système de l'équivalence crée une indivision entre un époux et la communauté relativement au bien acquis. Or, la loi désire éviter de telles indivisions (174).

Au surplus, lorsque le bien nouveau est, par exemple, un fonds de commerce, l'indivision, déjà généralement peu désirable, se heurte à la prohibition des sociétés entre époux (175).

La solution de l'équivalence, pourtant inspirée par le maintien d'un rigoureux équilibre dont la recherche est inhérente au régime de communauté, se heurte donc à des obstacles rationnels et pratiques suscités par des règles fondamentales de ce régime même. Des raisons aussi fortes que le désir d'équilibre invitent à affranchir le jeu de la subrogation d'un respect strict de l'équivalence.

b) Dans cet esprit, le système de la subrogation intégrale méconnaît non seulement l'équivalence, mais encore toute notion quantitative de la valeur. Ce système, en lui-même injustifiable, au point de vue quantitatif, l'est tout autant sur le terrain de la provenance. On ne voit pas, en effet, à ce dernier égard, pourquoi on donnerait systématiquement la prépondérance à la provenance propre. Si cette solution est, à la rigueur, défendable en matière d'échange, où elle peut

---

(170) Cf. Pothier, *Traité de la communauté*, N° 197 ; Planiol, III, N° 946 ; Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 234 ; Ripert et Boulanger, III, N° 346.

(171) Pothier, *op. cit.*, N° 198 ; Planiol, III, N° 961 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 509.

(172) Planiol, III, N^{os} 956 et 961 ; Planiol et Ripert, *op. cit.*, N^{os} 234 et 509, et doctrine citée à ces numéros.

(173) Par exemple, la rescision pour lésion. Cf. Ripert et Boulanger, *op. cit.*

(174) Comp. art. 1408 du Code civ. ; cf. Ripert et Boulanger, *op. cit.*

(175) Cf. Rousseau, note sous Trib. civ. La Rochelle, 25 mars 1942, J.C.P. 2. 1994.

s'appuyer sur le texte de l'article 1407 du Code civil (176), elle ne trouve plus aucun fondement lorsque l'acquisition nouvelle résulte d'un achat. Dans la mesure où le bien acquis ne provient pas d'un capital antérieur propre, il constitue un capital nouveau et, à ce titre, doit être un acquêt (177).

En faire un propre pur et simple méconnaît cette donnée fondamentale du régime de communauté qui, comme on l'a remarqué, admet plus facilement le passage d'un bien propre dans la communauté que le mouvement inverse (178).

Cette dernière raison ne saurait, toutefois, suffire à justifier le refus de toute subrogation, solution opposée à la précédente, mais imprégnée du même arbitraire. Si l'interdiction pour les époux de se créer des propres est stricte, elle ne concerne évidemment que la *création* de valeurs propres. Dès lors qu'il s'agit de *conserver* ces valeurs, l'interdiction est sans objet. La subrogation réelle est, elle aussi, une donnée impérative du régime (179).

L'écarter lorsqu'il y a provenance propre est aussi arbitraire que de l'admettre pour des valeurs communes. On peut, certes, toujours la fonder sur l'existence d'une provenance propre. Encore faut-il justifier le choix de celle-ci au détriment de la provenance commune.

c) C'est précisément à cette justification que s'attache un troisième système que l'on peut appeler majoritaire. Il puise son origine dans la règle généralement et traditionnellement admise selon laquelle, lorsqu'il existe une disproportion très grande entre les valeurs originaires propre et commune, il convient de négliger la plus faible (180). La subrogation doit alors être totalement exclue ou fonctionner intégralement, selon que la valeur originaire propre est ou non négligeable. Il s'agit là d'une consécration timide de la théorie de l'accessoire.

Le système majoritaire se borne, au fond, à délaisser cette timidité. Lorsque aucune des valeurs originaires propre et commune n'a un montant négligeable, il faut quand même déterminer la plus importante, et il est clair que la plus importante est celle dont le montant est le plus élevé. De sorte que ce système arrive à créer une règle quantitative précise : le bien nouveau doit avoir la qualification de celle des deux valeurs originaires dont le montant excède la moitié de sa propre valeur.

---

(176) C'est pour cette raison que ce système est soutenu en matière d'échange par Laurent, T. XXI, N° 357.

(177) Cf. *infra*, N°s 671 et 672. La subrogation intégrale en cas de remploi est pourtant défendue par Colin et Capitant, III, N° 100.

(178) Cf. Raynaud, note sous Douai, 26 janvier 1948, S. 1949. 2. 1.

(179) Cf. *infra*, N°s 675 et suivants.

(180) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 346.

Cette opinion, déjà anciennement soutenue (181), aujourd'hui préconisée par la doctrine en matière d'échange (182), et surtout dans la matière toute voisine de l'acquisition d'actions nouvelles en vertu d'un droit de souscription attaché à des actions anciennes propres (183), ne consacre certainement pas les données de l'équivalence.

Elle attache, néanmoins, une grande importance au montant des valeurs. Encore faut-il discerner le véritable sens de cette importance.

Selon une conception strictement quantitative, la proportion précise de la moitié, qui marque le cap séparant l'admission de la subrogation et son refus, n'aurait aucune signification et serait le fruit d'une approximation arbitraire par son insuffisance. Aussi n'est-ce pas sur le terrain strict du montant des valeurs qu'il faut comprendre cette règle d'apparence quantitative. En réalité, ce qui est recherché c'est la raison de choisir entre deux provenances d'une égale force intrinsèque.

Opter pour la provenance établie à l'égard de la valeur originaire la plus élevée, revient à reconnaître la prépondérance à la valeur qui tient la plus grande place dans l'origine du bien nouveau. C'est parce que ce bien proviendra principalement d'une valeur propre qu'il sera propre, et inversement. De sorte qu'en réalité, la recherche des montants respectifs des valeurs originaires n'est qu'un moyen de déterminer la provenance principale, en application de la vieille idée de l'accessoire dont l'adage non moins ancien *Major pars trahit ad se minorem* n'est qu'une consécration accentuée. C'est donc en fonction de la détermination de la provenance qu'il convient, croyons-nous, de comprendre la règle majoritaire.

Et on retrouve ainsi la remarque que nous avons eu l'occasion de faire souvent : la provenance de la valeur est fréquemment révélée par le montant de celle-ci (184).

La conclusion à laquelle on aboutit ici mérite d'être soulignée. Car, entendu selon une conception uniquement quantitative, le système majoritaire aboutirait à créer une règle précise et chiffrée que la jurisprudence se trouverait fort empêchée de créer ouvertement sans texte. Comprise, au contraire, comme moyen de déterminer la provenance

(181) Guillouard, T. II, N° 466.

(182) Ripert et Boulanger, III, N° 346 *in fine*. V. la même solution soutenue pour l'échange avec soulte en matière de remembrements par G. Liet - Vaux, note J.C.P. 1950. 2. 5439.

(183) Cf. Fréjaville, notes D. 1936. 1. 129 et D.C. 1943. J. 971-P. Durand, note S. 1937. 1. 57. P. Kayser, J.C.P. 1949-1. Etude 800, N° 8 ; Ripert et Boulanger, III, N° 318.

(184) Cf. *supra*, N°s 243 *in fine*, 244, 245, 254, a).

principale, cette même règle devient plus une règle de *prépondérance* que de *majorité* considérée en elle-même, et relève ainsi de la théorie générale de l'accessoire, dont l'utilisation prétorienne ne souffre pas d'obstacle.

Ainsi, de toutes les solutions concevables du problème posé par la subrogation réelle d'une valeur nouvelle inférieure à la valeur propre originaire, une seule consacre les données de l'équivalence. Les autres, et principalement la solution majoritaire, admettent la possibilité de la subrogation d'une valeur nouvelle supérieure à la valeur ancienne et respectent seulement la condition de provenance. Comment le droit positif choisit-il entre ces différentes solutions ?

286. — Les solutions positives trahissent, en réalité, la plus grande confusion.

a) Le seul texte qui apporte quelque précision est l'article 1407 du Code civil, qui subroge, en cas d'échange, l'immeuble acquis à l'immeuble propre aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte. La soulte est versée par la communauté lorsque l'immeuble acquis a une valeur supérieure à celle de l'immeuble aliéné. La loi se range donc à la subrogation intégrale, l'immeuble acquis étant propre *pour le tout* malgré l'existence de la soulte. Cette solution méconnaît les données de l'équivalence et s'attache à la provenance de l'immeuble acquis, la soulte étant normalement considérée comme l'accessoire de l'échange (185). Dans l'esprit de cette opération, c'est la disparition du bien aliéné du patrimoine de son propriétaire et non la soulte qui engendre l'apparition du bien nouveau dans ce même patrimoine.

Et c'est cette raison qui commande la subrogation de l'article 1407 du Code civil. Pour ce qui concerne le montant des valeurs, l'article 1407 se contente donc d'une approximation.

Encore faut-il que celle-ci existe. Or, il arrive souvent que la soulte soit tellement importante qu'admettre la subrogation serait une méconnaissance non seulement de l'équivalence, mais encore de la provenance principale du bien acquis. Deux solutions sont alors possibles : ou considérer l'opération comme une vente et refuser la subrogation, ou appliquer strictement l'équivalence en n'admettant la subrogation qu'à concurrence de la valeur propre.

La première solution paraissait séduire certaines juridictions (186). Mais elle était subordonnée à la condition que

(185) Il faut rappeler que l'idée d'accessoire ne peut concerner que la provenance et est étrangère à toute conception strictement quantitative de la valeur. Cf. *supra*, N° 284.

(186) Cf. Trib. civ. Périgueux, 1er juin 1931, D. 1932. 2. 100, motifs ; Comp. Civ., 10 février 1926, D.H. 1926. 200.

la soulte fût vraiment disproportionnée avec la valeur de l'immeuble donné en échange. Une décision récente (187) a bien précisé qu'il ne s'agissait pas là du système majoritaire en posant, en principe, que l'immeuble acquis était subrogé au propre aliéné, à moins seulement qu'il n'existe entre la valeur de la soulte et celle de l'immeuble « une telle disproportion » qu'il y ait vente et non échange. On peut sans doute voir dans une telle formule le souci de ne pas établir une règle quantitative précise. Cette attitude, en tout cas, appliquait le plus raisonnablement l'article 1407. Elle respectait la subrogation unitaire prévue par ce texte, et ne l'écartait que si la soulte atteignait un montant tel que la valeur de l'immeuble donné en échange devenait proportionnellement négligeable. Ce tempérament, relevant de l'idée d'accessoire sévèrement entendue, était du reste traditionnellement admis (v. *supra*, note 170). Il n'avait pour effet que de justifier le choix d'une autre provenance. L'opération étant considérée comme une vente, le bien acquis provenait de la soulte et était commun. La provenance, seule, commandait donc la solution sans respecter les données de l'équivalence.

Cette attitude a été récemment abandonnée par la Cour d'Appel d'Amiens. Dans un arrêt du 26 mars 1947, dont la solution a été confirmée par la Cour de Cassation le 30 octobre 1950 (188), la Cour d'Amiens a doublement qualifié l'acte juridique, d'échange et de vente, et limité la subrogation au montant de la valeur propre donnée en échange.

La solution est d'autant plus remarquable qu'en l'espèce la valeur propre n'atteignait que deux neuvièmes de la valeur du bien reçu et que la soulte en représentait les sept neuvièmes.

La Cour d'Amiens a ainsi refusé d'adopter le tempérament traditionnel apporté à l'article 1407 en cas de forte disproportion entre les valeurs originaires. Elle a donc, *a fortiori*, rejeté le système majoritaire qui connaissait pourtant déjà, à la date où l'arrêt a été rendu, la faveur de la doctrine (189). Il faut bien voir dans cet arrêt une consécration affirmée de l'équivalence malgré les défauts rationnels et pratiques de la double qualification d'un même acte et les inconvénients de l'indivision créée entre époux sur un même bien (190).

b) Il est bien vrai, au demeurant, que le système de l'équivalence est traditionnellement admis en cas de remploi

---

(187) Trib. civ. Périgueux, précité.

(188) Amiens, 26 mars 1947, S. 1947. 2. 135 ; Civ. sect. civ., rej. 30 octobre 1950, D. 1950. 1. 753, note Lenoan, J.C.P. 1951, II, 6016, note Raynaud, v. Lagarde, Rev. trimestr. dr. civ., 1951, p. 69. Rapp. dans le même sens Poitiers, 25 mai 1951, D. 1951. 1. 482.

(189) Cf. *supra*, N° 285 texte et notes (182) et (183).

(190) Cf. *supra*, N° 285, a).

(191), même par des auteurs qui, en cas d'échange, préconisent le système majoritaire (192). Mais il convient de remarquer qu'aucune décision jurisprudentielle n'est citée à l'appui de cette solution. Les décisions qu'on relève concernent les limites d'une règle dont l'admission de principe demeure douteuse en droit positif. Tout le monde est d'accord, en tout cas, pour l'écarter lorsque la communauté n'a fourni qu'une minime partie du prix d'achat (193). D'autre part, force est bien de renoncer au système de l'équivalence lorsqu'il conduit à des solutions condamnées par des principes certains.

C'est ce qu'a fait un jugement récent à l'égard d'un fonds de commerce sur lequel l'indivision de la communauté et d'un époux, déjà peu souhaitable par elle-même, se serait heurtée, de plus, à la prohibition des sociétés entre époux (194).

Cette décision, en écartant ainsi le système de l'équivalence, avait le choix entre admettre et refuser totalement la subrogation. Elle a opté pour cette dernière solution, mais sans la justifier par le fait que la somme d'origine propre était suffisamment minime par rapport à celle fournie par la communauté pour pouvoir être négligée. On peut, dès lors, se demander si les juges n'ont pas été guidés par le fait que la communauté avait simplement payé la majeure partie du prix d'achat. Il s'agirait alors d'une consécration du système majoritaire.

c) Il est notable que celui-ci n'a jamais connu de consécration formelle en matière de subrogation réelle sous le régime de communauté. Cette défaveur s'explique certainement en grande partie par l'impossibilité pour les tribunaux de créer des règles quantitatives précises. Or, le système majoritaire admet ou refuse la subrogation suivant que la valeur propre originaire excède ou non la moitié de la valeur acquise. Une proportion aussi précise peut apparaître comme un obstacle infranchissable. Nous avons vu qu'en réalité cette règle, reposant sur la proportion de moitié, n'est quantitative qu'en apparence et qu'elle se ramène à consacrer, sur le terrain de la provenance, la théorie de l'accessoire.

(191) Cf. *supra,* note (170).

(192) Cf. Ripert et Boulanger, III, comp. N°s 346 et 692.

(193) Cf. Req., 23 novembre 1826, D. *Jur. Gen.,* V, Contrat de *mariage,* N° 1483 ; Douai, 21 décembre 1905, D. 1907. 2. 390. Ce dernier arrêt commence à poser en principe que l'époux acheteur devient propriétaire, alors même qu'une partie du prix aurait été fournie par une autre personne, et il remarque simplement « qu'il en est ainsi *surtout* lorsque l'excédent de valeur payé par la communauté est de peu d'importance relativement au prix total ». Pour la doctrine traditionnelle en faveur de cette dernière solution, cf. *supra,* note (172).

(194) Trib. civ., La Rochelle, 25 mars 1942, J.C.P. 1942. 2. 1994, note Rousseau. Rapp. *supra,* N° 285.

Elle aboutit simplement à justifier le choix de la provenance prépondérante, c'est-à-dire principale (195). Le scrupule jurisprudentiel, s'il existe, paraît donc pouvoir être levé, du moins quant au fond (196).

En tout cas, selon certains auteurs, la jurisprudence aurait consacré le système majoritaire, dans une matière toute voisine de la subrogation réelle, celle de l'accroissement des propres et plus précisément de la qualification des actions nouvelles acquises par un époux dans une société avec des deniers communs, mais en vertu d'un droit de souscription préférentielle propre (car attaché à des actions anciennes propres) (197). La Cour de Cassation s'est prononcée à trois reprises sur cette question. Le 24 juin 1903, la Chambre des Requêtes (198) déclarait propres les actions ainsi acquises. Par contre, le 18 décembre 1935 (199) et le 6 octobre 1941 (200), la Chambre Civile les déclarait communes (201). Certains auteurs voient dans ces arrêts des décisions de principe contradictoires révélant un revirement de jurisprudence (202). Mais d'autres auteurs (203) préfèrent les interpréter par rapport aux circonstances de la cause. Dans cet esprit, ils remarquent que dans l'espèce soumise à la Chambre des Requêtes, les actions nouvelles avaient été souscrites en vertu du droit de souscription propre et libérées pour la moitié au moyen des réserves sociales (valeurs également propres) ; de sorte que la communauté n'avait fourni que le surplus d'un montant inférieur à la moitié des actions nouvelles. Au contraire, dans les espèces soumises à la Chambre Civile le 18 décembre 1935 et le 6 octobre 1941, les actions ayant été libérées intégralement par la communauté, celle-ci se trouvait avoir fourni une valeur plus importante que celle du droit de souscription. A la lumière de ces faits, on veut voir dans ces décisions, qui ne se sont du reste pas

---

(195) Cf. *supra*, N° 285, c).

(196) Il faut noter qu'en matière d'échange par voie de remembrement, une décision de la Commission spéciale de Lorient, du 27 janvier 1950, a expressément consacré le système majoritaire en déclarant que le contrat d'échange est dénaturé et devient une vente « lorsque la soulte excède la valeur du bien transmis ». Cette décision a reçu l'approbation de M. Liet-Vaux, cf. J.C.P. 1950. 2. 5439.

(197) Cf. *supra*, note (168) et N° 285, c), texte et note (183).

(198) S. 1911. 1. 361, D. 1904. 1. 591.

(199) S. 1937. 1. 57, note P. Durand ; D. 1936. 1. 129, note Fréjaville ; Sem. Jur., 1936, p. 376, note H. Moreau, Gaz. Pal. 1936. 1. 346.

(200) D.A. 1942. 1. 33 ; J.C.P. 1942. 2. 1794, note Radouant.

(201) Une résistance certaine à la solution de la Chambre civile se manifeste dans les juridictions secondaires. Cf. Douai, 19 février 1943. D.C. 1943. 1. 97 ; Agen, 21 juin 1950, J.C.P. 1950, 2. 6326, Trib. civ., Caen, 22 octobre 1946. Gaz. Pal. 1946. 2. 267.

(202) Cf. Radouant, *op. cit.* ; Savatier, J.C.P. 1944. 1. 413, N° 14.

(203) Cf. P. Durand, *op. cit.* ; et surtout P. Kayser, J.C.P. 1949. 1. 800, N° 8.

prononcées expressément sur ce point, non pas une contradiction, mais une consécration cohérente du système majoritaire (204).

2°) *Sous le régime dotal.*

287. — La subrogation réelle, dans les biens dotaux, est astreinte à un respect de l'équivalence plus strict que dans les propres de communauté.

Le désir de conserver la dot que satisfait la subrogation réelle trouve, en effet, une limite précise dans l'interdiction d'augmenter la dot pendant le mariage (article 1543 du Code civil). Cette règle, inspirée par la méfiance du Code civil à l'égard de l'inaliénabilité dotale, est naturellement plus sévère que l'interdiction pour les époux de se constituer des propres sous le régime de communauté, laquelle entre simplement dans le cadre de l'immutabilité du régime matrimonial (205). Il est donc normal de s'attendre à voir le jeu de la subrogation réelle enserré dans un respect rigoureux de l'équivalence.

C'est en tout cas ce que consacre le droit positif. On peut poser pour règle que lorsque la valeur du bien nouveau est supérieure à celle du bien dotal ancien, il n'est dotal qu'à concurrence de cette dernière valeur. La règle est vraie en cas d'échange. L'article 1599 du Code civil ne la formule pas expressément en permettant l'échange de l'immeuble dotal « contre un autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins ». Cette disposition, qui apporte une limite inférieure et non supérieure à la subrogation, paraît plus soucieuse d'accuser la conservation de la dot que d'en interdire l'augmentation.

Mais la jurisprudence, en application de la règle de l'article 1543 du Code civil, limite la dotalité du bien acquis en échange à la valeur du bien dotal aliéné (206).

Et la solution est maintenant la même en cas de remploi : le bien acquis, d'une valeur supérieure, n'est dotal qu'à concurrence de la valeur du bien aliéné (207). La solution est, ici, précise et ne reçoit même pas de dérogation comme sous le régime de communauté (208), dans le cas où

(204) Cf. Kayser, *op. cit.*, N° 9, et la doctrine citée *supra*, note (183).

(205) Cf. Ripert et Boulanger, III, comp. N°s 147, 2°, et 1164.

(206) Cf. Montpellier, 11 novembre 1854, S. 1854. 2. 687, qui a statué dans un cas assimilé à l'échange où la femme avait dû rapporter l'immeuble dotal à la succession du donateur et avait reçu, dans son lot, un autre immeuble.

(207) Cf. Montpellier, 24 janvier 1895, D. 1895. 2. 434. Trib. Grenoble, 7 mars 1895, D. 1896. 2. 348.

(208) Cf. *supra*, N° 286, b), texte et note (193).

la valeur dotale antérieure serait disproportionnée par rapport à l'autre valeur ayant permis d'acquérir un bien de plus grande valeur.

Les données de l'équivalence se trouvent ainsi strictement respectées sous le régime dotal.

288. — Il faut noter au surplus que, sous le régime dotal, la subrogation d'un bien nouveau de valeur inférieure à celle de l'ancien est parfois interdite. Ainsi, l'article 1559 du Code civil n'autorise l'échange de l'immeuble dotal que contre un immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au moins. A défaut, la subrogation ne se produirait pas et le bien acquis serait un paraphernal contenant simplement une valeur dotale (209).

La loi se montre donc plus soucieuse d'assurer la conservation de la dot que des propres de communauté. L'article 1559, à la différence de l'article 1407 (210), impose une limite quantitative précise au déséquilibre défavorable à la dot. Mais il est notable que, dans cet esprit, il se contente tout de même d'une approximation du reste assez stricte. Il fallait bien, dans la mesure même où on désirait la conservation de la dot en nature, l'admettre avec une perte limitée plutôt que d'y renoncer. Il s'agit là d'une consécration de la politique du pire, limitée au cinquième de la valeur dotale initiale. Dans cette limite, le déséquilibre est, du reste, tempéré par l'obligation de remployer la soulte d'échange reçue par la femme (article 1559, al. 2). La subrogation, sous le régime dotal, se trouve donc subordonnée au respect de limites quantitatives non seulement supérieures, mais encore inférieures. Cette double limite, qui aboutit pratiquement à un respect assez strict de l'équivalence dans la subrogation réelle, est l'expression des deux règles qui se font contrepoids : l'interdiction d'augmenter la dot et le désir de la conserver.

289. — Le droit positif, dans son ensemble, s'efforce de satisfaire, au moment de la fluctuation matérielle, les données de l'équivalence. Mais il n'y parvient jamais qu'en admettant une équivalence « officielle », telle qu'elle est postulée par le type d'acte juridique qui réalise la fluctuation, et duquel résulte la provenance. C'est pourquoi, le plus souvent, le respect de la provenance entraîne automatiquement celui de l'équivalence. En fait, sur un plan strictement quantitatif, on se contente d'une approximation, quelquefois rigoureuse, comme dans le cas de l'article 1559 du Code civil, d'autres fois laissée à l'appréciation judiciaire, comme dans le cas de l'article 1407 du Code civil.

---

(209) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1187.
(210) Cf. *supra*, N° 286, a).

Enfin, l'exemple de la subrogation sous le régime de communauté atteste que la subrogation réelle peut fonctionner sur une valeur nouvelle supérieure à l'ancienne, fait incompatible avec les données de l'équivalence (211). Tout au plus doit-on relever les réticences du droit positif, sur ce dernier point, qui traduisent le désir sinon l'exigence de l'équivalence.

De sorte que si on veut préciser les parts respectives de la provenance et de l'équivalence dans la formation de la notion de contre-valeur, au moment de la fluctuation matérielle, on peut dire que le droit positif exige la première et tend vers la seconde.

Le fléchissement de l'équivalence est encore plus accusé après la fluctuation matérielle.

B. — Après la fluctuation matérielle

290. — L'équilibre quantitatif échappe alors à toute emprise du législateur ou des parties, qui ne peuvent plus que constater les modifications survenues dans le montant de la valeur du bien subrogé. Alors qu'au moment de la fluctuation le désir d'équivalence est à la fois logique et généralement en concordance avec l'exigence de la provenance matérielle (212) après la fluctuation, la matérialité de la subrogation réelle pèse de tout son poids pour compromettre l'équilibre quantitatif déjà si difficilement réalisé. Le passage d'un bien à l'autre a été opéré au moment de la fluctuation matérielle grâce à une égalité très relative qu'il était alors possible d'exiger. C'est pourquoi la nouvelle valeur était à ce moment inférieure ou égale à l'ancienne. Mais par la suite, et sans qu'on ait pu le prévoir, cette relative égalité peut être complètement détruite. L'équilibre, souvent grossier, mais jugé suffisant, est désormais à la merci des variations de valeur propres au bien matériel nouveau, auquel on a fait confiance et dont on a accepté les risques.

Ces variations inattendues peuvent naturellement jouer dans les deux sens. Le bien nouveau peut subir, du fait de contingences diverses, une diminution considérable de sa valeur par rapport à ce qu'elle était au moment de la fluctuation. Il ne fait pas de doute, en ce cas, que la subrogation puisse quand même se maintenir sur cette valeur amenuisée. Si l'on consacre la politique du pire au moment de la fluctuation, en admettant déjà la possibilité de valeurs inférieures, aucune raison ne peut l'écarter par la suite. Les parts respectives de la provenance et de l'égalité doivent demeurer les mêmes, encore qu'elles soient désormais fortuitement

(211) Cf. *supra*, N° 282.
(212) Cf. *supra*, N° 283.

réalisées. La subrogation jouera sur la valeur, même réduite, provenant de l'ancienne. Jusqu'au bout, on garde tout ce que l'on peut garder.

L'analogie disparaît quand la valeur nouvelle a acquis, du fait du bien qui la contient, un montant plus élevé. Au moment de la fluctuation, il était possible, tout en restant sur le terrain de la provenance, d'écarter une solution trop contraire aux exigences de l'équivalence. Cette possibilité disparaît par la suite. L'augmentation imprévisible de la valeur est désormais un fait que l'on constate. Et alors le choix s'impose entre le respect de la provenance et celui de l'équivalence. La conciliation apparaît irréalisable ; provenance et égalité sont à ce moment antagonistes. Théoriquement, on pourrait, certes, imaginer que la subrogation soit maintenue, dans l'avenir, à concurrence du montant pour lequel elle a été admise au moment de la fluctuation. Mais une telle limitation ne correspond pas à la nature même de la subrogation qui réalise l'appréhension des biens matériels, et non seulement des valeurs qu'ils contiennent (213). Et, le bien matériel nouveau étant appréhendé dans sa matière, il ne serait pas dans la ligne logique de la subrogation de limiter cette appréhension à un montant quelconque. D'ailleurs, cette limitation serait le plus souvent irréalisable. Si, par exemple, la subrogation réelle soumet le bien nouveau à une restitution, on voit mal comment ce bien pourrait être *matériellement* restitué à concurrence de la valeur ancienne. On peut seulement restituer une valeur égale à l'ancienne, mais indépendamment de la restitution matérielle du bien nouveau. Il ne s'agit plus alors de subrogation réelle.

En réalité, après la fluctuation, la matérialité de la subrogation est incompatible avec les données de l'équivalence. Si on veut rester dans le cadre de la subrogation réelle, on est amené à maintenir l'appréhension du bien nouveau provenant matériellement de l'ancien, quel que soit le montant que sa valeur puisse atteindre.

291. — C'est ce que consacre la règle positive. Les décisions de subrogation qui, par le seul fait qu'elles respectent la provenance, en font généralement autant de l'équivalence au moment de la fluctuation matérielle (214), n'imposent pas le maintien de l'équivalence après la fluctuation. Ainsi, l'absent de retour reprend, aux termes de l'article 132 du Code civil, les biens acquis en remploi de ses biens anciens vendus par l'envoyé, quel que soit le montant de ces biens nouveaux au moment de la reprise. L'héritier véritable, agissant en pétition d'hérédité, fait de même. La règle est encore vraie

(213) Cf. *supra*, N°s 80 et 81, et *infra*, N°s 483 et suivants.
(214) Cf. *supra*, N° 243.

sous le régime dotal, où elle est particulièrement remarquable. Alors que, sous ce régime, le jeu de la subrogation réelle est enserré dans un respect rigoureux de l'équivalence au moment de la fluctuation (215), il s'en trouve affranchi par la suite. Ce qui est dotal, en effet, ce n'est ni la consistance, ni même la valeur d'un bien (216), c'est son individualité. En application de cette idée, on admet que la valeur de la dot peut se trouver augmentée à partir du mariage, notamment par accroissement ou accession (217). Pour les mêmes raisons, il faut admettre que le bien subrogé, déclaré dotal dans son individualité au moment de la fluctuation, peut voir sa valeur modifiée après ce moment. Ainsi, lors de la reprise de la dot, il sera restitué à la femme comme tout bien dotal, c'est-à-dire en nature, dans l'état où il se trouvera au moment de la restitution (218).

Une solution exactement identique est consacrée par la jurisprudence à propos de la restitution au donateur de biens par lui donnés avec une charge non respectée.

Ainsi en a décidé, par exemple, l'arrêt de la Cour de Dijon du 30 juin 1893 (219). Des immeubles avaient été donnés à une commune, à charge pour cette dernière d'y établir une école dirigée par des congréganistes. Une partie de ces immeubles étant improductifs avaient été aliénés et remplacés par des titres de rente sur l'Etat, acquis en remploi de de l'accord de tous les intéressés. Longtemps après le décès du testateur, ses héritiers, agissant en révocation de la donation pour inexécution de la charge, réclament les titres de rente qui avaient acquis une valeur très supérieure à celle des immeubles dont ils provenaient. La commune refusait de faire droit à cette prétention et proposait la restitution du prix des immeubles aliénés, représentant mathématiquement une valeur égale à celle desdits immeubles, mais n'en provenant pas matériellement puisqu'il avait été employé en titres de rente. La Cour de Dijon a déclaré les titres de rente seuls subrogés aux immeubles et, par suite, seuls restituables, quel que soit le montant de leur valeur. La filière matérielle de la provenance, telle que nous l'avons dégagée, fut donc strictement suivie au détriment de tout souci d'équivalence. La Cour de Cassation, en 1901, devait fournir une solution analogue (220). Cet arrêt a statué à propos de la

(215) Cf. *supra*, N°s 287 et 288.

(216) Il faut, toutefois, réserver les règles de restitution de la dot ; lorsque le mari est propriétaire du bien dotal, il est alors simplement débiteur envers la femme de la valeur de ce bien, cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1452.

(217) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1168.

(218) *Op. cit.*, N° 1453.

(219) S. 1894. 2. 185, précité *supra*, N° 23, note (87).

(220) S. 1903. 1. 321, D. 1902. 1. 33. Cf. *supra*, N° 280 texte et note (159).

substitution d'un immeuble à un autre dans l'exécution de la charge d'entretenir une école à perpétuité, insérée dans une donation faite à une commune. Cette dernière a dû restituer aux héritiers du donateur, agissant en révocation, l'immeuble substitué à l'immeuble donné, et la demande de la commune qu'il lui fût tenu compte de la différence de valeur entre les deux immeubles a été rejetée par la Cour Suprême. L'arrêt souligne d'ailleurs que les parties, qui ont toutes consenti à la subrogation lors de l'échange d'immeubles, auraient pu à ce moment faire état de cette différence de valeur. Mais les héritiers du donateur auraient alors été *créanciers* de la commune. L'équilibre quantitatif aurait été réalisé par un procédé autre que la subrogation, en elle-même indifférente au défaut d'équivalence.

292. — Après la fluctuation matérielle, l'équivalence marque donc un fléchissement particulièrement accentué, Alors qu'au moment de la fluctuation on relève au moins une tendance vers l'équivalence, cette simple tendance ne se révèle même plus par la suite. On peut donc conclure, après cette étude, que la provenance matérielle joue un rôle prépondérant dans la formation de la notion de contre-valeur, l'équivalence n'intervenant qu'à titre accessoire et comme un appoint du reste désiré.

Avant d'apprécier la signification de cette conclusion, il importe de préciser le domaine technique où doit être conduite toute l'analyse de la notion de contre-valeur.

SECTION III

DOMAINE DE LA CONTRE-VALEUR

293. — Il importe de rappeler et de préciser que les conditions auxquelles un bien en représente un autre doivent être satisfaites dans un même rapport de droit, siège de la fluctuation matérielle. Nous savons (*supra*, N^os^ 67 et 68) que la réalisation de la subrogation réelle met en jeu deux rapports juridiques : un rapport principal constitué par un droit subjectif déterminé appréhendant une chose et au regard duquel une autre chose est substituée à l'ancienne ; un rapport accessoire distinct du premier par l'un de ses sujets personnels, et dans lequel s'opère ce changement de biens.

cette fluctuation matérielle. Prenons comme exemple la subrogation, dans le droit de propriété, de la créance du prix à l'immeuble vendu. Un propriétaire revendique son immeuble contre un possesseur. Mais ce dernier a vendu, en son propre nom, ledit immeuble à un acquéreur de bonne foi et est créancier du prix. Pour une raison quelconque, la vente est validée (le possesseur était un héritier apparent) et la subrogation admise. La revendication porte alors sur la créance du prix. Le rapport principal, siège de la subrogation proprement dite, existe entre le propriétaire revendiquant et le possesseur (le propriétaire oppose son droit réel au possesseur). Le droit de propriété a changé d'objet matériel et est passé de l'immeuble sur la créance de son prix de vente. Le rapport secondaire est établi entre le possesseur et le tiers acquéreur. L'opération réalisée entre ces deux personnes substitue, dans les mains du possesseur, la créance du prix à l'immeuble vendu, substitution qui, ensuite, sera invoquée par le propriétaire. C'est donc dans ce rapport secondaire que se trouve le siège de la fluctuation matérielle et que, par conséquent, doivent se trouver satisfaites les conditions constitutives de la notion de contre-valeur.

Nous avons vu que l'analyse la plus schématique du phénomène de subrogation réelle imposait de ne pas confondre les domaines respectifs de la fluctuation matérielle et de la subrogation proprement dite (*ibid.*). Ces deux opérations ne sauraient se situer dans un seul et même rapport de droit. Dans l'exemple précédent, la subrogation réelle est inconcevable dans le seul rapport établi entre le vendeur et l'acheteur. A l'inverse, l'étude de la contre-valeur ne doit pas se développer dans le rapport du propriétaire et du possesseur. Le mécanisme, une fois saisi, est assez simple. Aussi les auteurs, sans l'avoir consciemment dégagé et mis en lumière, l'ont-ils respecté dans la grande majorité des hypothèses. Dans certains cas, néanmoins, le phénomène devient plus complexe sous des apparences trompeuses (*supra*, N° 239, texte, et note 33). Il en est ainsi notamment quand, à l'un des deux rapports de droit en est adjoint un troisième par la voie de l'assurance de responsabilité. Il importe alors de savoir si le rapport de l'assuré (auteur responsable d'un dommage) et de l'assureur doit être considéré comme distinct au regard de la subrogation ou, au contraire, doit s'assimiler au rapport de l'assuré et de la victime (qui souffre du fait de l'assuré, un dommage dans l'un de ses biens). La question se pose très nettement dans l'importante matière de l'action directe du propriétaire contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin, aujourd'hui régie par l'article 37, al. 4, de la loi du 13 juillet 1930. Faute d'avoir au préalable décomposé dans ses éléments simples le méca-

nisme de la subrogation, on a pu, en doctrine, s'abstenir de poser le problème sur ses véritables bases et voir dans cette action directe un cas de subrogation réelle, alors que la notion de contre-valeur y serait soit déplacée, soit méconnue. Il convient d'autant plus de dépister cette erreur qu'elle pourrait séduire par ses conséquences la jurisprudence qui aurait éventuellement à prendre parti. Nous insisterons donc quelque peu sur la règle de l'article 37, al. 4, de la loi de 1930 et sur son fondement juridique (221).

§ 1er. — La règle de l'article 37, alinéa 4, de la loi du 13 juillet 1930 et sa formation

294. — L'article 37, al. 4, reprend, avec une légère modification, la disposition précédemment contenue dans l'article 3, al. 2, de la loi du 19 février 1889, ainsi conçu : « En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité d'assurance sans que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits (222) aient été désintéressés des conséquences du sinistre ». L'hypothèse visée par ce texte est simple. Le locataire est responsable, aux termes de l'article 1733 du Code civil, de l'incendie qu'il cause à l'immeuble, à moins qu'il ne prouve que l'incendie ne lui est pas imputable. Le voisin, de son côté, est responsable, sur la base de l'article 1382 du Code civil, de l'incendie qu'il cause par sa faute aux maisons voisines. Lorsque le locataire ou le voisin assurent leur responsabilité, la loi n'a pas voulu que cette indemnité d'assurance grossisse le gage de tous leurs créanciers avant que le propriétaire victime de l'incendie n'ait été indemnisé. Aussi le législateur a-t-il immobilisé la somme due à l'assuré, dans les mains de l'assureur, au profit du propriétaire. Un véritable privilège est ainsi créé au bénéfice de ce propriétaire sur la créance de l'assuré contre l'assureur (223).

Mais le propriétaire peut-il agir directement contre l'assureur du responsable pour obtenir l'indemnité? Cette action directe présente les plus sérieux avantages pour le propriétaire qui gagne du temps et évite les résistances possibles de l'assuré, pour l'assuré qui n'a pas ainsi à se défendre

(221) Sur ces questions, en général, v. Pierre Guilho, *Les recours contre l'auteur d'un dommage ouvrant droit à une indemnité d'assurance*, thèse, Caen, 1947.

(222) Cette expression vise particulièrement les créanciers du propriétaire ayant privilège ou hypothèque sur l'immeuble détruit.

(223) Planiol, note D. 1896. 2. 242, col. 2, et D. 1912. 1. 81. Rapport de M. le conseiller Colin, D. 1927. 1. 61, col. 2.

seul, pour l'assureur, enfin, qui n'est pas contraint de vérifier si le propriétaire a été désintéressé au préalable par l'assuré. La loi du 1889 n'était pas explicite sur ce point. Aussi la jurisprudence commença-t-elle par hésiter. Bien qu'elle eût admis l'action directe dans un arrêt, qui semble du reste isolé (224), elle paraissait dans son ensemble fort hostile à cette action (225). Mais, dans un important arrêt du 17 juillet 1911 (226), la Chambre Civile de la Cour de Cassation a formellement admis l'action directe. Comme le faisait remarquer Planiol (227), cette attitude était dans la logique de la loi du 1889. C'eût été, en effet, « une étrange subtilité que d'obliger l'assureur à conserver la somme dans l'intérêt d'une personne déterminée et, en même temps, d'empêcher cette personne de la réclamer en justice ». La solution est acquise aujourd'hui. Lorsque la loi du 13 juillet 1930 a repris, dans son article 37, al. 4, la disposition de l'article 3, al. 2, de la loi du 19 février 1889, elle en a modifié les termes en faveur de l'action directe. Au lieu de dire « *l'assuré ne pourra toucher* » avant que le propriétaire ait été désintéressé, elle déclare que « *l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire* de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due tant que lesdits propriétaire, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre jusqu'à concurrence de ladite somme ». Le propriétaire est ainsi constitué directement créancier de l'assureur, ce qui, normalement, entraîne l'action directe. La jurisprudence de 1911 reçoit donc, ainsi, une consécration législative (228). L'article 53 de la loi de 1930 généralise, du reste, la solution au bénéfice de la victime contre l'assureur de l'auteur responsable.

295. — L'article 37, al. 4, peut se décomposer dans les trois règles suivantes :

1°) Le propriétaire a un privilège sur la créance du locataire ou du voisin contre son assureur ;

2°) Le même propriétaire peut agir directement contre cet assureur à concurrence du montant de l'indemnité ;

3°) Enfin, si l'on se reporte à l'arrêt de 1911, le propriétaire, agissant ainsi contre l'assureur, doit appeler l'assuré en cause.

Tel étant le mécanisme, comment fonder juridiquement la solution ?

(224) Nancy, 12 mai 1893, D. 94. 2. 439.

(225) Paris, 25 mai 1895, D. 96. 2. 241 ; Paris, 23 juin 1898, D. 99. 2. 256 ; Civ., décembre 1899, D. 1901. 1. 457, note Thaller.

(226) D. 12. 1. 81, note Planiol ; S. 15. 1. 145, note Naquet.

(227) Note précitée.

(228) Cf. Trasbot, commentaire de la loi du 13 juillet 1930, D. 1931. 4. 24, sous-art. 37.

§ 2. — Fondement de l'action directe du propriétaire contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin

1er POINT. — ASSIMILATION DE L'ACTION DIRECTE DU PROPRIETAIRE A L'ACTION DIRECTE DE LA VICTIME DANS L'ASSURANCE DE RESPONSABILITE

296. — La première explication à laquelle il semble normal de faire appel est l'assimilation de la situation du propriétaire à celle d'une victime ordinaire d'accident, aujourd'hui régie par les articles 50 et suiv. de la loi de 1930.

a) *Les situations paraissent être les mêmes.* Le propriétaire n'est-il pas, en effet, victime d'un accident occasionné par le locataire ou par le voisin ? Le fait qu'il souffre un dommage dans sa seule propriété n'est sûrement pas de nature à modifier la situation. Le propriétaire est créancier de dommages-intérêts contractuels contre le locataire (article 1733 du Code civil) ou délictuels contre le voisin (article 1382). D'un autre côté, l'assurance contractée par le locataire ou le voisin n'est qu'une assurance de responsabilité (229) à laquelle il est simplement possible d'appliquer certaines règles courantes en matière d'assurance de choses, telle que la règle proportionnelle (230). Le locataire ou le voisin s'assurent, non pas directement contre les risques que peut courir l'immeuble qui leur est étranger, mais contre les risques que leur fait courir leur responsabilité dont l'immeuble ne détermine que la condition d'existence et l'étendue.

Cette analogie de situations est évidente. Aussi n'a-t-on pas manqué d'invoquer l'article 3, al. 2, de la loi du 19 février 1889 et l'arrêt du 17 juillet 1911 comme un premier exemple d'action directe de la victime contre l'assureur du responsable lorsqu'il s'est agi de justifier, avant 1930, l'action directe de la victime en matière d'assurance de responsabilité en général sur la base de l'article 2102, 8°, du Code civil (L. 28 mai 1913) (231). Dans ce dernier domaine, l'action directe a été reconnue par un important arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, du 14 juin 1926 (232) et confirmée par l'article 53 de la loi de 1930. La jurisprudence est arrivée sur ce point à des solutions fermes, qu'avec l'aide de la doctrine elle justifie par des raisons régulièrement invoquées.

---

(229) Planiol et Ripert, T. XI, par Lepargneur, N° 1350.
(230) *Op. cit.*, N°s 1336 et 1351.
(231) Cf. Rapport de M. le conseiller Colin, D. 1927. 1. 61, note Josserand, D. 1927. 1. 58 et 59.
(232) D. 27. 1. 57 ; S. 27. 1. 25, note P. Esmein.

297. — b) *Explication par la doctrine et par la jurisprudence, du droit direct de la victime contre l'assureur de l'auteur responsable.*

Comme l'affirme la Cour de Cassation dans un arrêt du 28 mars 1939 (233) le droit reconnu par la loi à la victime trouve son fondement dans le droit à réparation né de l'accident. Ce dernier fait engendre naturellement, dans le patrimoine de la victime, un droit contre l'auteur responsable, et un autre droit contre l'assureur du responsable. Le lien ainsi créé par la loi entre la victime et l'assureur est indépendant ; il appartient en propre à la victime et son fondement est légal et non contractuel.

Telle est la base du système. Elle procède, on le voit, d'une affirmation. Mais il serait exagéré de lui donner une portée absolue. Aussitôt admis, le principe doit souffrir un tempérament qui compromet l'harmonie de la construction. Il est bien difficile, en effet, de nier que l'assureur ne peut être tenu autrement que par le contrat d'assurance et au delà. La jurisprudence fait sa part à cette considération lorsqu'elle déclare que les exceptions antérieures au sinistre, nées du chef de l'assuré, sont opposables à la victime (234). De même, la victime agissant contre l'assureur doit mettre l'assuré en cause. Ce dernier point a été controversé en jurisprudence et en doctrine. Pendant longtemps, la mise en cause de *l'assureur,* centre du débat, fut seule discutée, l'action contre *l'assuré* étant normale. Mais lorsque l'action directe eut acquis droit de cité, le jour vint où l'on eut à se demander si cette action contre l'assureur *exigerait* la mise en cause de l'assuré. Lorsque la question fut directement posée aux Tribunaux, ceux-ci, avant 1930, crurent d'abord devoir répondre par la négative, estimant que la mise en cause de l'assuré était facultative, pour la victime (235). Et cette attitude avait trouvé chez certains auteurs un accueil favorable (236). Elle n'en était pas moins contestable. Car le fondement de la responsabilité de l'assureur, la réalisation du risque, se trouve non pas même dans la responsabilité de l'assuré, mais dans la *réclamation,* fondée ou non, amiable ou judiciaire, adressée par la victime à l'assuré. C'est cette réclamation qui, à l'égard de l'assureur, constitue le sinistre (236 bis). L'article 50 de la loi de 1930 exprime aujour-

---

(233) Civ., 28 mars 1939, D. 39. 1. 68, note Picard.

(234) Civ., 28 février 1939, *Rev. Gén. des assur. terrestres,* 1939, p. 469.

(235) Toulouse, 8 octobre 1928, D. 30. 2. 1. Paris, 26 décembre 1929, D. 30, 2. 6 ; Paris, 24 janvier 1930, D. 30. 2. 7.

(236) Josserand, note, D. 1930. 2. 2. 5.

(236 bis) Hémard, *Théorie et pratique des assurances terrestres,* II, p. 197.

d'hui formellement ce principe fondamental. Dans ces conditions, on conçoit mal que l'on puisse s'adresser à l'assureur indépendamment de toute réclamation à l'assuré. Certes, dans le système de l'action directe, les tribunaux n'imposent pas une liquidation *préalable* de la responsabilité entre victime et assuré (237). Mais encore faut-il que l'action de la victime contre l'assuré soit au moins concomitante de celle intentée contre l'assureur. La possibilité pour l'assureur d'obliger la victime à mettre l'assuré en cause fut vite reconnue par la jurisprudence (238) et approuvée par la doctrine (239). L'arrêt du 17 juillet 1911 (240) statuant sur l'action directe du propriétaire contre l'assureur du locataire paraît bien consacrer ce principe fondamental des assurances de responsabilité.

A côté de ces règles en figurent d'autres affirmant l'indépendance du droit de la victime par rapport à celui de l'assuré. Ainsi, l'action directe de la victime n'est pas soumise à la prescription biennale édictée par l'article 25 de la loi de 1930 pour « toutes actions dérivant d'un contrat d'assurances » (241). D'autre part, se fondant sur le fait que la victime tient de la loi un droit propre sur l'indemnité d'assurance, droit qui prend naissance au jour de l'accident, et qui n'est qu'un aspect du droit à réparation, la Cour de Cassation décide, de façon constante depuis 1931, que la victime ne saurait se voir opposer par l'assureur les exceptions et déchéances qu'aurait encourues l'assuré *depuis le sinistre*, pour inobservation des clauses de la police (omission de déclarer l'accident dans le délai fixé par la police, non-communication par l'assuré à l'assureur des pièces de procédure, défaut par l'assuré de tenir l'assureur au courant des suites de l'accident conformément à la police, etc...) (242).

Toutes ces solutions, pour ne pas être d'une cohérence parfaite, n'en sont pas moins fermement posées aujourd'hui, et elles sont présentées comme formant un tout. Ce régime semble pouvoir s'appliquer normalement au propriétaire agissant contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin. Mais c'est précisément la règle de l'inopposabilité des

---

(237) Civ., 14 juin 1926, précité, Lyon, 6 décembre 1928, D. 30. 2. 4.

(238) Paris, 25 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1931. 2. 397, 17 novembre 1931. Rev. Gén. des assur. ter., 1932, p. 68.

(239) P. Esmein, note au S. 1932. 1. 169, Planiol, Ripert et Lepargneur, T. XI, N° 1364.

(240) Cf. *supra*, N° 294 texte et note (226).

(241) Civ., 28 mars 1939, précité, v. Picard et Besson, *Revue Générale des assur. terr.*, 1939, p. 853.

(242) Civ., 15 juin 1931, S. 32. 1. 169, note Esmein, Civ., 29 juillet 1931, *Gaz. Pal.*, 1931. 2. 651, Civ., 19 janvier 1937, D.H. 129, Civ. 13, av. 1938, Gaz. Pal., 1938. 1. 820.

exceptions postérieures au sinistre qui pourrait conduire, à soumettre le propriétaire à un régime différent de celui de la victime ordinaire.

298. — c) *Inconvénients possibles de l'assimilation du propriétaire à la victime.*

L'inopposabilité au propriétaire des exceptions postérieures au sinistre aurait pu paraître peu désirable dans l'état de la jurisprudence antérieure à 1946. A cette époque, en effet, les Cours d'Appel s'orientaient dans le sens de l'opposabilité de ces exceptions aux créanciers hypothécaires ou privilégiés du propriétaire, agissant directement contre l'assureur de ce dernier sur la base de l'article 37 de la loi du 13 juillet 1930 (243). Le créancier hypothécaire réclamant à l'assureur l'indemnité d'assurance se voyait opposer les exceptions que les tribunaux interdisaient d'opposer à la victime. Or, les raisons de fait que l'on invoquait à l'appui de cette solution conduisaient à assimiler le propriétaire agissant sur la base de l'article 37, al. 4, au créancier hypothécaire plutôt qu'à la victime.

Jurisprudence (244) et doctrine (245) faisaient, en effet, valoir pour justifier, en fait, la situation du créancier hypothécaire, la position avantageuse de celui-ci.

Le créancier hypothécaire, faisait-on remarquer, connaît son débiteur. Doutant de la solvabilité de ce dernier, il a été amené à exiger une hypothèque. Il lui appartient à ce moment de prendre des précautions quant à la sécurité offerte par cette garantie. Il peut notamment faire insérer dans le contrat d'assurance de son débiteur une clause (dite clause hypothécaire-type) par laquelle l'assureur renonce à se prévaloir contre lui, des exceptions opposables à l'assuré, ou s'engage à le prévenir dans certains cas de l'inefficacité du contrat, afin qu'il puisse prendre ses dispositions en temps utile. En un mot, le créancier hypothécaire, au moment où il devient créancier, n'est pas pris au dépourvu et peut se prémunir. La victime d'un accident, au contraire, ne connaissait pas le tiers qui devait plus tard lui causer un préjudice. Elle n'a pu prendre aucune précaution. Il importe donc, tant dans l'intérêt social que dans l'intérêt privé des victimes, que ces dernières soient indemnisées, et que l'indemnité d'assurance reçoive ainsi sa véritable destination.

Si l'on admet ces raisons qui font de la victime une per-

(243) Grenoble, 26 juillet 1929, *Receuil périodique d'assurances*, 1921. 33 ; Pau, 15 juillet 1941, J.C.P. 41. 2. 1720, note Besson, cf. *infra*, N° 697.

(244) Pau, 15 juillet 1941 précité, particulièrement explicite.

(245) Besson, note précitée, Picard et Besson, *Rev. gén. des assur. terr.*, 1939, pp. 853 et suivantes, Picard et Besson, *Traité gén. des assur. terr., II*, N°s 205 et suivants.

sonne plus digne d'intérêt que le créancier hypothécaire, il faut reconnaître qu'en fait le propriétaire est, tout au moins vis-à-vis de son locataire, dans une situation comparable à celle du créancier hypothécaire vis-à-vis de son débiteur. Ici aussi, les deux parties sont en rapport l'une avec l'autre longtemps avant le sinistre dont l'éventualité est envisagée. Le propriétaire est, à l'égard de son locataire, dans une situation lui permettant de faire insérer dans une police des clauses protectrices de son droit. Sa position est moins avantageuse vis-à-vis du voisin. Sur ce dernier, le propriétaire a, à coup sûr, moins de prise que sur son locataire. Néanmoins, même en ce cas, le propriétaire en fait ne sera pas nécessairement pris au dépourvu, parce qu'ici encore la victime *connaît à l'avance* l'auteur du préjudice qu'elle peut éventuellement subir. Les rapports de voisinage permettent souvent au propriétaire d'intervenir auprès de son voisin. En fait, la situation du propriétaire se rapproche donc de celle du créancier hypothécaire ; si on oppose à celui-ci les exceptions postérieures au sinistre, on est tenté de les opposer également à celui-là.

Il est vrai que, depuis 1946, la question du choix entre le régime du créancier hypothécaire et celui de la victime ne se pose plus. Le 4 décembre 1946, la Cour de Cassation a, en effet, déclaré les exceptions postérieures au sinistre inopposables au créancier hypothécaire (246), tout comme elles le sont depuis 1931 à la victime. Mais cette décision a fait l'objet de vives critiques contestant précisément l'opportunité de protéger le créancier hypothécaire comme la victime (247). De sorte qu'on ne saurait dire si cet arrêt fixera la jurisprudence et si, en tout cas, des résistances ne se manifesteront pas sur l'initiative des compagnies d'assurances.

L'opinion contraire à celle de la Cour de Cassation peut encore produire des effets sur le plan du droit positif. Et, dans la mesure où elle pourrait encore prévaloir, elle inviterait toujours à assimiler l'action directe du propriétaire à celle du créancier hypothécaire et non à celle de la victime.

Or, les critiques et les résistances à la solution de 1946 trouveraient, dans l'application juridique de l'action du créancier hypotécaire, un aliment déjà utilisé.

Les auteurs et les arrêts qui déclarent les exceptions postérieures au sinistre opposables au créancier hypothécaire, ont toujours fondé juridiquement leur opinion sur le fait que la subrogation réelle, base de l'action des créanciers sur l'indemnité d'assurance, entraîne normalement l'oppo-

---

(246) Civ., 4 décembre 1946, S. 1947. 1. 57. D. 1947. 1. 25, note P.L.P., J.C.P. 1947. 2. 3546, note A. Besson.

(247) Cf. note Besson, précitée.

sabilité auxdits créanciers des exceptions postérieures au sinistre (248). Et cette explication risquerait d'autant plus d'être éventuellement appliquée, dans le même but, à l'action directe du propriétaire contre l'assureur du risque locatif ou du recours du voisin (article 37, al. 4, loi 1930) qu'elle a effectivement été proposée en doctrine, par l'un des principaux auteurs qui ont étudié la subrogation réelle. De fait, cette explication est séduisante. Il faut pourtant la dénoncer, car elle comporte une méconnaissance radicale d'un élément fondamental de la subrogation réelle : la contre-valeur.

2e POINT. — EXPLICATION DE L'ACTION DIRECTE DU PROPRIETAIRE PAR LA SUBROGATION REELLE ET SA CRITIQUE

I. — L'OPINION DE M. HENRY (249)

299. — L'explication de l'action directe du propriétaire par la théorie de la subrogation réelle paraît, au premier abord, fort simple et satisfaisante. A la fin du bail, le propriétaire dispose contre son locataire de deux actions : une action personnelle en restitution (article 1730 du Code civil) ; une action réelle en revendication, sanction du droit de propriété. Si l'immeuble loué vient à être incendié, l'action personnelle en restitution se transforme en une action en responsabilité dirigée contre le locataire responsable du risque locatif, d'après l'article 1733 du Code civil. Que devient, de son côté, l'action réelle en revendication ? Normalement, elle doit disparaître puisque l'objet du droit de propriété a péri. Mais si une indemnité d'assurance est due au locataire par l'assureur du risque locatif, la loi (loi de 1889, article 3, al. 2, puis la loi de 1930, article 37, al. 4) permet à la revendication du propriétaire de s'exercer sur la créance du locataire contre l'assureur. Cette créance d'indemnité, dit-on, n'est que la représentation de l'immeuble détruit (250). On peut donc la considérer comme subrogée à la chose elle-même. Dans cette conception, l'action directe du propriétaire contre l'assureur n'est autre que l'action réelle en revendication contre le locataire s'exerçant désormais sur une créance envers l'assureur. Naturellement, pour que cette revendication reste possible, il faut que l'indemnité n'ait pas encore été versée au locataire. Du jour, en effet, où l'assureur à payé le locataire, l'indemnité perd, dans le patrimoine de ce der-

(248) Cf. *infra*, N° 697.
(249) Henry, thèse, pp. 322 et suivantes.
(250) *Op. cit.*, p. 326.

nier, le caractère d'une chose individualisée et n'est plus susceptible de revendication. Le propriétaire est donc exposé à un grave danger. C'est contre ce danger que la loi le prémunit en décidant que le locataire ne pourra pas toucher l'indemnité tant que le propriétaire n'aura pas été désintéressé des conséquences du sinistre.

Telle est la thèse. Indiquons-en les conséquences qui permettent de mesurer son pouvoir de séduction. Hormis la nécessité pour le propriétaire de mettre en cause l'assuré, règle que la subrogation réelle ne justifie pas, le mécanisme est expliqué. Le lien direct entre propriétaire et assureur se conçoit ; le bailleur reprenant la créance à titre de propriétaire en devient titulaire ; il est donc investi, par l'effet de la subrogation, de la qualité de créancier de l'assureur. La créance étant reprise à titre de propriétaire, le droit de préférence vis-à-vis des créanciers du locataire est expliqué du même coup. Enfin, le propriétaire ne peut reprendre la créance que dans l'état où il la trouve au moment de la fluctuation matérielle, c'est-à-dire au moment du sinistre. C'est, en effet, à ce moment que le transfert de la propriété de l'immeuble sur la créance s'opère. Mais la créance demeure régie par le contrat d'assurance qui l'a fait naître. Le propriétaire la reprend donc affectée de toutes les conditions et déchéances qui peuvent la grever par l'effet de la police d'assurance, même si ces déchéances doivent provenir de faits postérieurs au sinistre, pourvu qu'elles aient été prévues dans la police. Ainsi, l'assureur continuera à n'être tenu (vis-à-vis du propriétaire) que si l'accident a été déclaré dans les conditions prévues par la police. (C'est, en effet, à propos de ces seules exceptions que la question d'opposabilité est discutée.)

Pour être séduisante, cette explication par la subrogation réelle n'en est pas moins inexacte, et c'est ce qu'il nous faut démontrer.

II. — CRITIQUE DE L'EXPLICATION DE L'ARTICLE 37, AL. 4, DE LA LOI DU 13 JUILLET 1930 PAR L'IDEE DE SUBROGATION REELLE

300. — L'opinion précédemment exposée peut se ramener à deux propositions : 1°) le propriétaire se prévaut, vis-à-vis du locataire, d'une fluctuation opérée dans le rapport du locataire avec l'assureur ; 2°) l'indemnité d'assurance due au locataire représente l'immeuble incendié.

Or, ces deux propositions s'excluent l'une l'autre. Si, comme l'exige le mécanisme de la subrogation, on décompose la situation en deux rapports de droit, l'indemnité d'assu-

rance prenant naissance dans le rapport assuré-assureur ne provient pas de l'immeuble incendié et ne le représente pas. Si on estime que l'indemnité représente l'immeuble, il faut noter qu'il ne peut en être ainsi qu'à l'égard du patrimoine du propriétaire et dans le rapport du propriétaire avec l'assureur. Là n'est pas la place de la contre-valeur, et la subrogation devient inconcevable.

Reprenons chaque terme de ce mécanisme.

A. — Absence de représentation réelle dans le rapport du locataire et de son assureur

301. — Si l'on décompose la situation en deux rapports de droit, le rapport principal s'établit entre le propriétaire et le locataire assuré ; le rapport accessoire entre le locataire et son assureur. Dans le premier se réalise le maintien du droit de propriété, malgré un changement de son objet matériel. Le second devrait, *seul,* être le siège de la fluctuation matérielle ; autrement dit, c'est seulement dans l'analyse de ce rapport entre locataire et assureur que l'on devrait déceler les conditions permettant de dire que l'indemnité représente l'immeuble.

En est-il ainsi ? Pour ce qui est de l'égalité entre le montant de cette indemnité et celui de la valeur de l'immeuble, la discussion ne souffre aucune difficulté. L'indemnité d'assurance, tout comme l'indemnité de responsabilité qu'elle couvre est, sauf assurance partielle, égale à la valeur de l'immeuble détruit, à laquelle s'ajoute éventuellement l'évaluation d'autres préjudices soufferts par le propriétaire (par exemple perte des loyers pendant le temps nécessaire à la reconstruction et à la relocation de l'immeuble (251). Nous savons que ce fait se rencontre à propos de toute indemnité et que cette dernière ne représente le bien détruit que pour un montant égal à la valeur de ce bien (ce qui, du reste, est conforme à l'analyse de la provenance matérielle (*supra,* N[os] 235 et 243).

Mais, dans le rapport entre le locataire et son assureur, peut-on dire que l'indemnité d'assurance *provient* de l'immeuble incendié ? La réponse négative s'impose. C'est ici qu'il convient de rappeler que l'assurance du risque locatif n'est qu'une assurance de responsabilité et non une assurance de chose. L'indemnité est due à l'assuré à raison de sa responsabilité et non à raison de la perte de l'immeuble qu'il ne fait que détenir. La réclamation de l'indemnité par le propriétaire ne peut donc être une forme de la revendi-

---

(251) Req., 9 novembre 1879, D. 80. 1. 385 ; Lyon, 25 février 1892, D. 92. 2. 393.

cation. A défaut d'une analyse serrée, des indices, en quelque sorte externes, invitaient à s'en apercevoir.

302. — a) L'étendue de la détention de l'immeuble par le locataire, qui expliquerait l'exercice de la revendication exercée contre lui, ne coïncide pas, en général, avec l'étendue de la responsabilité édictée par l'article 1733 du Code civil. Supposons un immeuble dans lequel logent dix locataires. Chacun d'eux n'en détient qu'un dixième. L'action en revendication ne pourrait porter, à l'encontre de chaque locataire que sur la parcelle par lui détenue. Pour obtenir la totalité de l'immeuble, par la voie de la revendication, le propriétaire devrait agir contre tous les locataires, non contre un seul. Si donc on réclame à l'un des locataires une indemnité égale à la valeur de la totalité de l'immeuble, ce ne peut être sur la base d'une action réelle. Cette indemnité ne provient pas de la destruction de la parcelle détenue par le propriétaire, mais bien de la destruction de la totalité de l'immeuble que le locataire ne détenait que partiellement. Or, telle est bien la solution en discussion. Cette solution est unique et elle est écrite aux articles 1733 et 1734 du Code civil. Le locataire, dans l'habitation duquel l'incendie a commencé, est seul responsable de la destruction de l'immeuble entier. C'est ce que décidait la jurisprudence avant la loi du 5 janvier 1883 qui a modifié l'article 1734 du Code civil, et la solution doit être maintenue après cette loi (252). Il est donc clair que le propriétaire réclame au locataire non pas ce que ce dernier détient, mais ce dont il répond, ce qui ne laisse de place à aucune action réelle. Il n'existe qu'une seule action : celle qui dérive de l'article 1733 du Code civil, et c'est une action en responsabilité. Et, si l'armature du rapport principal propriétaire-locataire ne peut être qu'une action en responsabilité, l'obligation de l'assureur envers le locataire ne saurait davantage correspondre à la détention du locataire.

b) On est, du reste, d'autant plus conduit à faire cette remarque que l'article 37, al. 4, de la loi de 1930, reprenant l'article 3, al. 2, de la loi de 1889, vise au même titre l'action du propriétaire contre l'assureur du risque locatif et celle contre l'assureur du voisin. Or, le voisin ne détient aucune parcelle de l'immeuble incendié. Il est purement et simplement responsable sur la base de l'article 1382 du Code civil. Contre lui, il ne peut donc être question d'action réelle ni, par conséquent, de subrogation réelle dans la revendication. M. Henry prend soin de mettre délibérément de côté cette question de recours du propriétaire contre son voisin, car,

---

(252) Planiol, Ripert et Perreau, T. X, N° 621.

dit-il, « elle ne nous intéresse pas directement » (253). Elle ne concerne, certes, pas la subrogation réelle. Mais c'était là, au contraire, une raison d'être alerté. Car, enfin, l'article 3, al. 2, de la loi du 1889, comme l'article 37, al. 4, de la loi de 1930, soumettent exactement au même régime l'action directe contre l'assureur du voisin et l'action directe contre l'assureur du locataire. Les deux hypothèses sont prévues dans la même phrase et elles sont toutes deux, au même titre, visées par la même disposition. Il peut, dès lors, sembler assez inélégant de donner pour l'une une explication inapplicable à l'autre. En réalité, l'assimilation des deux hypothèses par le législateur indique nettement que l'on ne doit voir dans l'action contre le locataire ou contre le voisin qu'une action personnelle en responsabilité. Il est donc impossible que l'action directe contre l'assureur soit le résultat d'une subrogation dans une action réelle totalement hors du débat.

303. — L'analyse directe de la situation confirme le sens des deux indications précédentes. Elle s'applique même lorsque la subrogation réelle paraît convenir le mieux, c'est-à-dire dans le cas d'un locataire unique détenant l'immeuble entier. Alors, la détention du locataire est à la mesure de sa responsabilité. Il n'en reste pas moins que toute idée de subrogation réelle doit être écartée, car il faut partir de cette considération essentielle que le locataire assurant le risque locatif assure sa responsabilité. Ce qui détermine la naissance dans son patrimoine d'une créance d'indemnité contre l'assureur ce n'est pas la disparition d'un bien qui n'a jamais été dans ce patrimoine, mais l'apparition d'une dette de responsabilité envers le propriétaire. Or, pour que l'explication de l'action directe du propriétaire par la subrogation réelle soit exacte, il faudrait que l'apparition *à titre de propriété* de la créance d'indemnité d'assurance dans le patrimoine du locataire soit corrélative de la disparition de ce même patrimoine, de la *propriété* de l'immeuble. Alors, les deux termes de la fluctuation matérielle figureraient *au même titre* dans le même rapport entre locataire et assureur. Il est clair qu'il n'en est rien. Si la créance d'indemnité d'assurance naît bien dans le patrimoine du locataire, l'immeuble incendié, par contre, n'a pas disparu de ce patrimoine, car il n'y a jamais figuré. L'indemnité d'assurance ne représente donc pas le bien incendié, car elle apparaît dans le patrimoine du locataire et dans ce patrimoine il n'y a jamais eu de bien, il n'y a eu qu'une dette de responsabilité. Pour que l'indemnité d'assurance représente la détention du locataire, celui-ci aurait dû assurer non le risque locatif, mais la va-

(253) Henry, thèse, p. 322, note 2.

leur de son droit de jouissance. Cette hypothèse est en dehors de la présente discussion.

Les deux termes de la fluctuation matérielle, en cas d'assurance du risque locatif, ne se situent donc pas dans le même rapport de droit. Dans le rapport locataire-assureur, il n'y a pas, à vrai dire, de fluctuation. L'indemnité d'assurance qui y figure ne représente pas l'immeuble incendié, car elle n'en provient pas, au sens que nous avons précédemment dégagé. Dans ce rapport, on ne trouve qu'une assurance de responsabilité, et rien de plus. Pour que l'on puisse parler de corrélation entre la disparition de l'immeuble et l'apparition d'une créance d'indemnité, il faut se reporter au patrimoine du propriétaire. Mais on quitte alors le domaine du rapport locataire-assureur, qui aurait dû être le seul siège de la fluctuation matérielle pour toucher l'un des termes du rapport principal. Ceci nous mène à la seconde partie du raisonnement.

B. — Existence d'une représentation réelle dans le seul rapport du propriétaire et de l'assureur

304. — Il n'est pas inexact, en effet, de prétendre que l'indemnité d'assurance du risque locatif représente l'immeuble incendié. Mais on ne peut soutenir cette prétention qu'en analysant la fluctuation matérielle dans le patrimoine du propriétaire et non dans celui du locataire.

a) Alors, les principes mêmes de l'assurance de responsabilité conduisent à voir, dans l'indemnité d'assurance du risque locatif, la représentation de l'immeuble incendié. Pour le propriétaire agissant contre l'assureur, l'indemnité d'assurance n'est, au fond, qu'un substitut de l'indemnité de responsabilité que lui doit le locataire, d'après l'article 1733 du Code civil. Le rapprochement des deux indemnités est bien fondé à l'égard du propriétaire. La créance d'indemnité du locataire contre l'assureur est la conséquence directe, nous l'avons vu, de la mise en œuvre par le propriétaire de la responsabilité contractuelle du locataire. C'est cette responsabilité qui détermine l'obligation de l'assureur. On peut donc, à juste titre, soutenir que pour le propriétaire l'indemnité d'assurance représente l'immeuble incendié au même titre et dans la même mesure que l'indemnité de responsabilité que lui doit le locataire sur la base de l'article 1733 du Code civil. Et c'est certainement à ce fait qu'a songé M. Henry en déclarant que l'indemnité d'assurance représente l'immeuble détruit.

b) Mais si l'on admet ce point, il est capital de remarquer que, toujours pour le propriétaire, l'indemnité d'assurance a perdu toute son originalité, et le rapport locataire-assureur toute son indépendance. Ce dernier rapport devient

une simple adjonction accessoire au rapport existant entre le propriétaire et son locataire. Au lien de droit unissant normalement le propriétaire et le locataire, on doit assimiler le rapport direct que cette adjonction crée entre le propriétaire et l'assureur.

Dans ces conditions, la subrogation réelle devient inconcevable. Il n'y a plus, en effet, *qu'un seul rapport* de droit : le rapport du propriétaire avec l'assureur. C'est dans ce domaine que l'on prétend situer à la fois la fluctuation matérielle (indemnité d'assurance assimilée à l'indemnité de responsabilité, corrélative de la destruction de l'immeuble par incendie) et la subrogation proprement dite (transfert du droit de propriété de l'immeuble sur la créance d'indemnité dont le même propriétaire est titulaire envers le même assureur).

C'est donc dans le rapport principal lui-même que la notion de contre-valeur se dégage. Là n'est pas sa place. Le phénomène est devenu incompréhensible, et le mécanisme même de la subrogation réelle est méconnu. Cette dernière ne se concevrait que dans un autre rapport de droit, auquel le propriétaire serait partie, par exemple entre le propriétaire et ses créanciers hypothécaires, inscrits sur l'immeuble incendié, hypothèse du reste prévue par l'article 37, al. 4, de la loi de 1930. Alors les deux rapports distincts, créancier hypothécaire-propriétaire d'une part, propriétaire-assureur du risque locatif (substituant le rapport propriétaire-locataire) d'autre part, apparaîtraient à nouveau et la subrogation fonctionnerait normalement.

305. — Il apparaît donc nettement que l'action directe du propriétaire constitue un phénomène fort différent de celui que nous avons appelé et que l'on appelle normalement subrogation réelle. On ne ferait pas appel, en cette matière, à la théorie de la subrogation sans commettre une erreur portant sur l'économie même de cette théorie. La nature même des rapports du locataire ou du voisin avec le propriétaire, l'assurance contractée par le locataire et le voisin montrent clairement que le propriétaire, dont l'immeuble est incendié, n'est considéré que comme un créancier victime d'un dommage. C'est bien de responsabilité seulement qu'il s'agit. Aussi la solution logique consiste-t-elle à assimiler l'action directe du propriétaire (article 37, al. 4, loi du 13 juillet 1930) à celle de la victime (article 53).

Cette assimilation s'impose d'autant plus aujourd'hui qu'elle ne se heurte plus aux inconvénients qui résultaient, avant l'arrêt du 4 décembre 1946, de l'opposabilité des exceptions postérieures au sinistre au créancier hypothécaire agissant contre l'assureur sur la base de l'article 37, al. 1er

(254). Depuis 1946, la jurisprudence ayant uniformisé, à cet égard, la situation de la victime et celle du créancier, toute raison conduisant à assimiler le propriétaire au créancier a disparu. Certes, les résistances qui paraissent se manifester contre la jurisprudence de 1946 peuvent faire renaître ces raisons. Elles conservent, en tout cas, à la question son actualité. C'est pourquoi il convient de souligner que le recours à la subrogation réelle pour expliquer l'action directe du propriétaire afin de justifier l'opposabilité à celui-ci des exceptions postérieures au sinistre, recours auquel on serait d'autant plus porté qu'il a été proposé par M. Henry, reposerait sur une erreur fondamentale dans la compréhension du mécanisme de la subrogation (255).

---

(254) Cf. *supra*, N° 298.

(255) Il est, du reste, tout aussi erroné de prétendre que la subrogation réelle commande l'opposabilité des exceptions postérieures au sinistre. En réalité, la subrogation réelle est indifférente à cette opposabilité, cf. *infra*, N° 697.

CHAPITRE II

SIGNIFICATION
DE LA NOTION DE CONTRE-VALEUR

306. — L'analyse qui précède fait ressortir l'existence de deux éléments concourant à former la notion de contre-valeur, la provenance matérielle du bien subrogé, l'équivalence. De ces deux éléments, le premier joue un rôle capital et est pratiquement exigé ; le second est désiré, mais non rigoureusement requis.

La raison de cette règle peut, dès l'abord, paraître d'ordre essentiellement pratique. La conservation de la valeur à travers une fluctuation matérielle étant décidée, l'équivalence devrait être exigée entre les deux biens, car elle traduit la conservation intégrale de la valeur. Mais rarement réalisable en pratique, l'exigence rigoureuse de l'équivalence condamnerait la subrogation à ne jouer que très rarement. Aussi a-t-on dû se contenter de la provenance matérielle, plus facilement réalisable. La provenance, aspect tangible de la matérialité, juridiquement nécessaire à l'appréhension d'une valeur, constitue un facteur de sécurité dans le jeu de la subrogation.

Ce fait est incontestable. Mais le rôle joué par la provenance matérielle dans la formation de la notion de contre-valeur traduit beaucoup plus que l'expression d'une simple nécessité pratique. L'importance attachée à l'exigence de la provenance matérielle du bien subrogé ne reflète une nécessité pratique que parce que la subrogation réelle met en

œuvre la notion de *valeur individualisée* par son origine et constitue à travers une fluctuation de forme, une véritable entité autonome, une sorte de cellule indépendante, quel que soit son montant. Cette valeur s'identifie par le bien matériel qui la contient. En cas de disparition de ce bien et d'acquisition d'un autre bien, l'identification est toujours assurée si le bien nouveau provient de l'ancien, au sens que nous avons précédemment dégagé. Le relais matériel établi entre les deux biens garantit la continuité de l'identification de la valeur.

Il convient, au surplus, de remarquer que cette notion de valeur individualisée ne revêt de signification que si l'individualité s'est maintenue entre le moment de la fluctuation matérielle et celui où le demandeur invoque la subrogation. Une telle conclusion s'impose logiquement. L'exigence stricte que le bien nouveau provienne matériellement de l'ancien au moment de la fluctuation matérielle n'aurait aucun sens si, au moment où il invoque la subrogation réelle, le demandeur pouvait réclamer un autre bien ou une simple somme d'argent. Le phénomène même de subrogation suppose inévitablement la possibilité d'identifier, au moment de la demande, la valeur réclamée. Telle est la conséquence logique à déduire et l'enseignement à retirer de l'analyse que nous avons faite au précédent chapitre. Donc, dans une règle de droit qui permet de réclamer une valeur individualisée au moment de la fluctuation, mais qui ne l'est plus lors de la demande (1), on ne doit pas voir une subrogation réelle, les conditions relatives à la notion de contre-valeur n'étant pas satisfaites.

Ces considérations conduisent naturellement à déterminer quand une valeur est suffisamment individualisée pour pouvoir faire l'objet d'une subrogation réelle. C'est cette détermination que nous entreprendrons dans une section première, consacrée à l'étude des modes d'individualisation de la valeur.

Mais le principe même de la nécessité d'individualisation de la valeur pose une seconde catégorie de problèmes non moins importants. Il va, en effet, permettre de distinguer la subrogation d'autres procédés techniques. La possibilité apparaît alors de caractériser la subrogation par son objet. C'est ce que nous ferons dans une section seconde.

Nous aurons alors essayé de réaliser la synthèse correspondant à l'analyse faite au chapitre précédent.

---

(1) Cf. à propos des articles 132, 1934 du Code civ., *infra*, N^os^ 309-336.

SECTION I

LES MODES D'INDIVIDUALISATION DE LA VALEUR

307. — Pour que la contre-valeur individualise la même valeur que le bien ancien, il faut qu'elle soit elle-même individualisée. Ainsi, l'individualisation de l'objet du droit, qui était déjà une condition initiale de la subrogation (2), se retrouve appliquée à la contre-valeur. On ne remplace que ce qui est individualisé et par quelque chose d'également individualisé. Cette condition conduit à exclure les choses de genre des biens susceptibles de constituer des contre-valeurs et, plus précisément, à rechercher le rôle que les genres peuvent jouer comme mode d'individualisation de la valeur (§ 1er). Mais il est clair que l'individualisation résulte normalement de la matérialité des biens. La nécessité d'un bien matériel est postulée par l'exigence de l'individualisation. Cette nécessité amène à examiner le rôle joué par les biens matériels (§ 2).

§ 1er. — Les choses de genre et l'individualisation de la valeur

308. — Les caractères essentiels des choses de genre les rendent insusceptibles de remplacement, aussi bien activement que passivement. De même qu'un genre ne peut jamais disparaître et, par conséquent, être remplacé (3), de même on ne remplace pas une chose individualisée par un genre. Par sa nature même, celui-ci peut déterminer une valeur par son montant, mais non par sa provenance. A la rigueur, on peut admettre l'individualité suffisante d'une somme d'argent au moment où celle-ci est versée, c'est-à-dire au moment de la fluctuation matérielle. Mais cette individualité disparaît nécessairement par la suite et n'est plus reconnaissable lors de l'exercice du droit sur cette somme d'argent. Il sera possible de l'individualiser de nouveau lorsqu'un bien matériel lui succédera dans le patrimoine. C'est le cas du remploi. Il ne s'agit plus alors d'exercer un droit sur les deniers, mais sur un bien matériel dont la provenance suppose une individualisation rétroactive et plus ou moins fic-

(2) Cf. *supra*, Nos 164 et 165.
(3) Cf. *supra*, N° 165.

tive de la somme d'argent qui a servi à son acquisition (4). Cela n'empêche que les deniers, une fois entrés dans un patrimoine, perdent toute individualité et que la subrogation réelle ne peut s'invoquer sur eux. Certes, un dépôt (dans une banque ou une caisse d'épargne, chez un particulier, etc...) constitue un procédé pratique dont l'effet est de faire cesser l'indétermination. Mais dans le patrimoine du déposant est alors née une créance qui constitue un bien incorporel nettement déterminé et donne à la valeur une suffisante individualité. Il ne s'agit plus de chose de genre.

L'impossibilité de la subrogation réelle sur des deniers nous paraît donc certaine. Cependant, ce principe ne doit pas être admis sans discussion tant sur le plan du droit positif que sur le plan théorique.

1er POINT. — CAS D'INTERPRETATION DELICATE EN DROIT POSITIF

I. — L'ARTICLE 132 DU CODE CIVIL

309. — Aux termes de cette disposition, l'absent de retour qui réclame son patrimoine après l'envoi en possession définitif recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix (même versé à l'envoyé en possession) de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus. Par conséquent, l'absent qui prouve l'aliénation d'un de ses biens faite par l'envoyé reprend une somme égale au prix reçu par l'envoyé sans avoir à établir autre chose que la réception de ce prix. Il est, à coup sûr, dispensé de prouver l'identité entre la valeur qu'il réclame ainsi et celle provenant de la vente de son bien.

Au premier abord, on peut voir dans cette règle une application des principes généraux. Les droits réels ne peuvent porter sur les sommes d'argent. L'absent qui reprend ses biens en nature à titre de propriétaire n'est que créancier du prix de vente encaissé par l'envoyé. Celui-ci, conformément à la règle *Genera non pereunt*, ne saurait se libérer en prouvant qu'il a dissipé le prix. Toute question d'individualisation de la valeur réclamée par l'absent ne saurait se poser. Mais on est hors du domaine de la subrogation réelle puisque aussi bien l'absent propriétaire est devenu simple créancier (5).

(4) Cf. la double déclaration de provenance prévue par l'article 1434 du Code civ.

(5) Cf. *supra*, N^{os} 82 et suivants, et *infra*, N^{os} 496 et suivants et 582.

Toutefois, une opinion différente a été soutenue. Voyant dans les prescriptions de l'article 132 un ensemble de règles homogènes, Demolombe (6) a pu affirmer qu'en toute hypothèse l'absent doit être considéré comme propriétaire revendiquant. En cette qualité, c'est bien toujours une valeur individualisée qu'il réclame. Dans la mesure où il permet à l'absent de reprendre le prix de ses biens versé à l'envoyé, sans avoir à prouver l'identité entre la valeur reçue par l'envoyé et la valeur réclamée, l'article 132 n'établit pas une règle de fond, mais un simple renversement de la charge de la preuve de l'individualisation de la valeur (7). Au fond, l'envoyé ne doit rendre que ce qu'il détient du patrimoine de l'absent, dans l'état où il se trouve. Il n'est pas tenu de restituer ce qu'il a dissipé ; et il se libère en prouvant la dissipation du prix qu'il a reçu. L'exclusion de la règle *Genera non pereunt,* conforme à l'économie de l'article 132, est la marque que l'absent ne peut obtenir qu'une valeur individualisée provenant de la vente d'un de ses biens. Mais l'absent, étranger à la gestion de son patrimoine au moment où la vente a eu lieu, eût été dans l'impossibilité de prouver cette individualisation. Aussi, l'article 132 renverse-t-il la charge de cette preuve en présumant, conformément à ce qui est généralement admis (8), que le prix n'a pas été dissipé, sauf à l'envoyé à prouver le contraire.

Dans cette opinion, sous le bénéfice d'une présomption d'individualisation de la valeur, on peut voir une individualisation malgré les deniers, sinon par eux. L'absent reprenant le prix même versé, à titre de propriétaire, on est bien en présence d'une subrogation réelle sur des deniers. Seulement, si l'admission d'une telle opinion est théoriquement acceptable, il convient de remarquer que la jurisprudence ne s'est jamais prononcée et ne lui a pas donné valeur de règle positive. On peut se demander si les tribunaux, statuant sur cette question, permettraient à l'envoyé de se libérer par la preuve de la dissipation du prix et, par voie de conséquence, s'ils accorderaient à l'absent revendiquant un droit de préférence dans la reprise de ce prix. Il est donc difficile, de toute façon, de citer l'article 132 comme un exemple positif de subrogation sur des deniers.

II. — L'ARRET DE LA COUR DE CASSATION DU 8 JUIN 1912

310. — Statuant sur l'exercice du droit de retour prévu

(6) Cours de Code Napoléon, II, N°s 168 et suivants.
(7) Cf. *infra,* N° 347.
(8) Pothier, *Traité du droit de propriété,* N° 429 ; Aubry et Rau, V, p. 184.

par l'article 7 de la loi du 24 mai 1825 et par l'article 5 de la loi du 7 juillet 1904, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 8 juin 1912 (9), a déclaré que les bénéficiaires du droit de retour sont autorisés à reprendre soit les biens donnés à une congrégation, soit la valeur de ceux qui ont été aliénés et dont la congrégation a reçu le prix. Mais on ne saurait induire, des termes de cet arrêt, l'admission d'une subrogation réelle sur des deniers. La Cour de Cassation, en effet, a admis la réclamation des deniers par interprétation des lois du 24 mai 1825 et du 7 juillet 1904 qui, muettes sur la reprise du prix ou d'un bien subrogé au bien donné, ont été considérées comme ne limitant pas cette reprise aux biens se retrouvant en nature et au prix *encore dû* des biens aliénés (*infra*, N° 661). La Cour Suprême a donc établi une différence entre l'article 747 du Code civil et les lois de 1825-1904 dont les dispositions sont ainsi rapprochées de celles prévues par l'article 132 du Code civil. Les bénéficiaires du droit de retour établi par les lois de 1825-1904 peuvent, comme l'absent sur la base de l'article 132 du Code civil, réclamer une valeur égale au montant du prix versé.

Seulement, la Cour de Cassation n'a pas pour autant précisé sur quel droit le demandeur fondait sa demande. L'arrêt du 8 juin 1912 a, certes, affirmé que ce droit n'est pas un droit de créance que les héritiers du donateur recueillent dans la succession de celui-ci. Les magistrats en ont déduit que ce droit échappe à la règle de la divisibilité des créances successorales formulée par l'article 1220 du Code civil. Mais l'inapplication à cette espèce de la règle de la division des créances successorales ne suppose pas nécessairement que le droit du demandeur soit un droit de propriété, même s'il s'exerce sur des deniers. Ce droit peut très bien être une créance et échapper à la règle de divisibilité. Il suffit, pour cela, que cette créance soit directement reconnue à l'héritier du donateur par l'article 7 de la loi du 24 mai 1825 au lieu de se trouver dans la succession du donateur. Et telle est bien, du reste, la solution qui paraît la plus normale. La loi de 1825 accorde le droit de retour directement aux héritiers du donateur comme au donateur lui-même. Dès lors, même si l'héritier exerçant la reprise d'une somme d'argent se présente comme créancier, il tient son titre de la loi et est soumis au principe général de l'indivisibilité des créances formulé par la première partie de l'article 1220 du Code civil.

Il convient même d'aller plus loin. En justifiant l'inapplication de la règle de la division des créances par le fait que le droit de retour des héritiers ne se recueille pas dans

(9) C. civ., 8 juin 1912, S. 1924. 1. 340, en sous-note (a).

la succession du donateur, la Cour de Cassation a implicitement admis que ce droit, tout au moins quand il s'exerce sur une somme d'argent, est un droit de créance. Si elle y avait vu un droit de propriété, la question de la division ne se serait même pas posée. Au surplus, la Cour Suprême n'a pas eu à affirmer la règle positive, révélatrice du droit réel en vertu de laquelle la dissipation du prix par la congrégation rendait impossible l'exercice du droit de retour.

Par conséquent, l'arrêt du 8 juin 1912 n'a pas précisé la nature technique du droit de retour exercé sur des deniers. Le moins que l'on puisse affirmer, c'est que cette décision n'est pas plus favorable que l'article 132 du Code civil à l'admission de la subrogation réelle sur des deniers.

2e POINT. — EXAMEN THEORIQUE DU PROBLEME

311. — Il est donc difficile de trouver, en droit positif, un exemple de subrogation réelle sur des deniers. Souvent, la jurisprudence (10), ou même la doctrine, parle de réclamation ou de revendication de somme d'argent fondée sur la subrogation réelle. Mais il s'agit toujours de réclamation de la créance de cette somme d'argent et non de cette somme sans autre individualisation. Les règles de droit positif qui, comme les articles 747, al. 2, du Code civil ou 575, al. 2, du Code de commerce, subordonnent la réclamation du prix de vente à la condition que ce prix soit encore dû, paraissent traduire l'expression la plus correcte des données relatives à l'objet de la subrogation réelle. Les deniers ne peuvent, par eux-mêmes, conférer à la valeur une individualisation suffisante. Ce principe général posé, il convient de remarquer que le problème se présente différemment en matière de droit réel et en matière de droit de créance.

I. — SUBROGATION DANS LES DROITS REELS

312. — a) Le principe général s'impose tout naturellement lorsque l'on envisage, comme nous venons de le faire

(10) V., par exemple, Civ., 28 juillet 1941, D.C. 1944. 66. *Gaz. Pal.*, 16-17 janvier 1942. Les motifs de cet arrêt parlent de la revendication du déposant sur le *solde* laissé au dépositaire failli après mise en gage par ce dépositaire des effets déposés et réalisation du gage par le créancier nanti. Mais il ne s'agit pas, en réalité, d'une subrogation dans la revendication du déposant sur une somme d'argent. La somme, constituant le solde, devait être versée au syndic ou au liquidateur, lequel devait immédiatement la déposer à la Caisse des Dépôts et Consignations (art. 489 du Code de com., art. 6, al. 5, loi du 5 mars 1889). Le solde était donc individualisé par une créance contre la Caisse. Il ne constituait pas une chose de genre.

dans les deux exemples précédents, la subrogation dans les droits réels. Selon les conceptions techniques le plus traditionnellement admises, le droit réel, par lui-même, exige une individualisation et une détermination précises de l'objet sur lequel il porte (*infra*, N^os^ 580 et suiv.). Il importe, en effet, de souligner ici que, pour ce qui concerne la subrogation dans le droit réel, la question du mode d'individualisation de la valeur ne se pose pas seulement sur le terrain de l'objet de la subrogation. Le droit réel portant toujours sur un bien déterminé et supposant par conséquent lui-même une individualisation de son objet, ne peut être maintenu si le bien sur lequel il porte est remplacé par une chose de genre. En ce cas, non seulement les exigences relatives à l'individualisation de la contre-valeur, mais encore celles concernant les conditions du maintien du droit réel, considéré comme moyen technique d'appréhension d'un bien, ne sont plus satisfaites. Les données propres à la théorie de la subrogation coïncident ici avec celles qui conditionnent le maintien du droit réel.

Il s'ensuit que la subrogation, dans le droit réel, se reconnaît pratiquement avec plus de netteté au maintien du droit réel considéré comme mode d'appréhension qu'au maintien de l'individualité de la valeur. Ainsi, dans le cas de l'article 132 du Code civil, on se demandera si l'absent exerce sa reprise à titre de propriétaire (avec droit de préférence) ou à titre de créancier chirographaire. C'est le droit de préférence qui sera considéré comme la marque de la subrogation réelle. La question de l'individualisation de la valeur (qui entraîne comme nous l'avons vu des discussions) ne se tranchera qu'accessoirement (Comp. *ibid.*).

b) Une autre conséquence, plus intéressante, découle de la rencontre des données propres à la théorie de la subrogation avec celles qui conditionnent le maintien du droit réel. La subrogation puise, en effet, dans les règles propres au droit réel non seulement le signe qui la révèle en pratique (droit de préférence), mais encore un mode d'individualisation de la valeur, malgré l'existence d'une chose de genre. Nous avons vu qu'il n'était pas possible de trouver, en droit positif, un exemple indiscuté de maintien du droit réel sur des deniers. Retenons, néanmoins, qu'une individualisation suffisante de la valeur serait théoriquement possible dans le maintien des droits réels, grâce à l'exclusion de la règle *Genera non pereunt*. Ainsi, le système proposé par Demolombe pour expliquer la revendication du prix par l'absent, sur la base de l'article 132 du Code civil, subordonne cette revendication à la condition que le prix n'ait pas été dissipé par l'envoyé. A cette règle de fond, se joint une présomption de non-dissipation qui met à la charge de l'envoyé la preuve

de cette dissipation. Si un tel système était admis, il y aurait une individualisation suffisante de la valeur exprimée en deniers.

Il convient néanmoins de relever, en un tel cas, un fléchissement dans les exigences relatives à l'individualisation. La valeur réclamée est bien individualisée par sa provenance au moment de la fluctuation matérielle puisque le demandeur doit prouver la réception du prix provenant de la vente faite par le défendeur. Cette valeur continue bien à être individualisée après le versement du prix puisque *au fond* la revendication n'a lieu qu'à la condition que le prix n'ait pas été dissipé. Cette règle souligne que la valeur reprise doit être celle qui provient de la vente. Mais il n'est pas douteux que toute exigence stricte d'identité matérielle entre la valeur reprise par le demandeur et la valeur reçue par le défendeur disparaît. Cette identité devient nécessairement abstraite par le fait que les deniers sont tous confondus dans le patrimoine du défendeur. Par la force des choses, toutes les valeurs exprimées en argent sont matériellement identiques entre elles. Dès lors, à partir du moment où, selon des règles de preuve sur lesquelles nous reviendrons (*infra*, N^os^ 404 et suiv.), il est établi qu'une valeur simplement déterminée en argent n'est pas sortie des mains du défendeur, il devient superflu autant qu'impossible de rechercher une identité quelconque entre cette valeur et d'autres valeurs également déterminées en argent. Toute exigence, quant au maintien de l'individualisation, se ramène en cette hypothèse à la certitude que la valeur reçue au moment de la fluctuation n'a pas été dissipée par celui qui l'a reçue, c'est-à-dire au rejet de la règle *Genera non pereunt* (11).

II. — SUBROGATION DANS LES DROITS DE CREANCE

313. — Mais ce rejet n'existe qu'en matière de droits réels. Par suite, la subrogation sur des choses de genre n'apparaît comme théoriquement possible qu'en cette matière. Dans le domaine des droits de créance, la règle *Genera non pereunt* jouant normalement, aucune individualisation n'est plus réalisable. Il en résulte que la réclamation des deniers par la voie d'un droit de créance ne peut, en aucun cas, constituer une subrogation réelle.

Ainsi, l'explication proposée par Demolombe au sujet de l'article 132 du Code civil ne saurait fonctionner correctement dans l'hypothèse prévue par les articles 1934 et 1935 du Code civil. L'article 1934 oblige le dépositaire auquel la chose a été enlevée par un cas de force majeure, à rendre le prix (par exemple une indemnité) qu'il aurait pu recevoir

(11) V. un exemple de ce raisonnement appliqué au remploi dans l'arrêt de la Cour de Lyon du 24 août 1871, S. 72. 2. 121, 3^e^ col.

à la place. D'après l'article 1935, l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt n'est tenu de rendre que le prix qu'il a reçu. Ces dispositions, à la différence de l'article 132 du Code civil, ne concernent pas l'action réelle en revendication qui appartient également au créancier, mais bien l'action personnelle en restitution (*infra,* N[os] 332 et suiv., 527, 651 et 652). Dans la mesure où cette action a pour objet la restitution des deniers reçus par le dépositaire (ou son héritier), il n'est pas possible d'admettre que le dépositaire soit libéré par la preuve de la dissipation du prix. Ce qui, théoriquement, pourrait être admis dans le cadre des droits réels ne peut plus l'être dans le domaine des droits de créance. Par un curieux paradoxe, la subrogation réelle sur des genres, théoriquement admissible dans les droits réels, ne l'est plus dans les droits de créance (12). La règle *Genera non pereunt* jouant ici normalement, aucune individualisation n'est plus possible. Les articles 1934 et 1935 permettent au déposant de réclamer une valeur déterminée par son seul montant. On ne saurait donc voir dans cette réclamation, lorsqu'elle porte sur le prix reçu, un cas de subrogation réelle.

Il serait évidemment désirable de pouvoir faire la contre-épreuve sur le plan des moyens techniques d'appréhension en vérifiant que l'action en réclamation des deniers, fondée sur les articles 1934-1935, est bien distincte de l'action originaire. Dans le domaine des droits réels, la perte du droit de préférence était le signe qui révélait pratiquement l'absence de subrogation, le droit réel ayant cédé la place à un simple droit de créance. Mais, en matière de droit de créance, ce repère fait défaut. La structure du droit de créance étant indifférente au fait que l'objet réclamé est un corps certain ou une chose de genre, la réclamation présente, à cet égard, dans les deux cas, les mêmes aspects techniques. Aussi, la subrogation réelle dans le droit de créance se caractérise-t-elle essentiellement par son objet. C'est l'individualisation de la valeur réclamée qui, seule, peut indiquer pratiquement s'il y a ou non subrogation. Sauf une réserve, peut-être plus théorique que pratique, en matière de droit réel, les choses de genre sont donc inaptes à individualiser la valeur et, par conséquent, à constituer la contre-valeur. Celle-ci est normalement contenue dans un bien matériel. C'est donc encore à la matérialité de la subrogation réelle

(12) En ce sens que les principes régissant le droit de créance ne conduisent pas *normalement,* comme ceux relatifs aux droits réels, à l'exclusion de la règle *Genera non pereunt.* Mais, naturellement, cette même conclusion serait concevable dans le droit de créance qui peut très bien porter sur un objet individualisé. Seulement, l'exclusion devrait être alors expressément prévue.

(13) Comp. *supra,* N[os] 80 et suivants.

que l'on aboutit (13). Cette nécessité conduit à préciser le rôle joué par les biens matériels.

§ 2. — Rôle joué par les biens matériels

314. — Envisagé au regard de la contre-valeur, le rôle des biens matériels est d'individualiser la valeur. Ce rôle est le même, appliqué à la valeur de remplacement, que celui que nous avons déjà précisé, appliqué à la valeur remplacée (14) ; la notion de remplacement implique la discontinuité, laquelle implique elle-même l'individualité des termes de remplacement. Cette individualité résulte de la matérialité du contenant de la valeur. La matérialité joue ce rôle individualisateur dans la mesure où elle est finie. En cela, elle s'oppose aux genres.

Mais, si tel est le rôle de la matière dans la contre-valeur, il est clair qu'il faut entendre cette matière dans le sens très large que nous avons déjà précisé (15). Ici encore, il faut entendre par « bien matériel » tout « contenant déterminé » de la valeur. Pour que cette valeur soit individualisée, il n'est pas nécessaire que son contenant soit corporel. Un bien incorporel, comme une créance ou un droit quelconque, a une individualité physique aussi précise qu'un bien corporel et peut par conséquent, aussi pleinement que celui-ci, jouer le rôle d'identificateur de la valeur qu'il contient. Lorsque nous disons que la contre-valeur doit être matérielle, nous entendons simplement qu'elle doit être contenue dans un bien individualisé ou non.

Ainsi entendue, la condition de matérialité ne distingue pas la contre-valeur de l'objet initial du droit (16). A cet égard, le bien de remplacement est soumis au même régime que le bien remplacé.

Mais une condition supplémentaire s'applique à la contre-valeur. Il est, certes, nécessaire que celle-ci soit physiquement individualisée en tant que valeur distincte. Mais cela ne suffit pas. Il faut aussi que cette valeur individualisée soit, par rapport à un patrimoine donné, *la même* que celle déjà individualisée par le bien précédent. Cette identité de valeur, sous-jacente à la fluctuation matérielle, est satisfaite par la condition de provenance. A l'individualisation physique, la provenance ajoute l'identification d'une seule valeur

(14) Cf. *supra*, N°s 167 et suivants.
(15) Cf. *supra*, N° 168.
(16) *Ibid.*

à travers la fluctuation de forme. Et cette condition de provenance, qui suppose à la fois l'individualisation et la matérialité de la contre-valeur, distingue celle-ci de l'objet initial du droit.

315. — Il faudrait pourtant se garder de conclure que la contre-valeur est suffisamment caractérisée par le seul rôle individualisateur des biens matériels. L'identification d'une valeur par un bien matériel individualisé provenant d'un autre bien matériel, dans un patrimoine donné, existe aussi dans la théorie des biens paraphernaux contenant une valeur dotale. Cette théorie est pourtant distincte de la subrogation réelle (17).

Il est incontestable que les « valeurs dotales incluses » sont individualisées par les biens matériels paraphernaux qui les contiennent. Et lorsque ces biens paraphernaux sont aliénés et remplacés par d'autres biens paraphernaux, c'est par la provenance de ceux-ci que la valeur dotale incluse continue à être identifiée. C'est pourquoi, du reste, la jurisprudence a été amenée à soumettre la preuve de cette provenance aux mêmes règles que celles régissant le remploi (18). Il n'en reste pas moins que la valeur dotale incluse est essentiellement différente de la contre-valeur dans la subrogation réelle. Certes, cette différence réside essentiellement dans le fait que la valeur dotale incluse est appréhendée indépendamment de son contenant matériel paraphernal, alors que la contre-valeur dans la subrogation suit le même régime que le bien matériel qui la contient, et cette différence concerne plus les moyens de réalisation des deux procédés que leur objet (19). Mais il est clair que tout se tient, dans une théorie cohérente ; et cette différence essentielle d'appréhension correspond à une différence non moins essentielle d'objet. Envisagée simplement sous cet angle, la valeur dotale incluse obéit à des règles qui lui sont propres. Il est notable que le fonctionnement de la dotalité incluse respecte l'équivalence aussi rigoureusement que la provenance. Si la femme vend à perte son bien paraphernal contenant la dot, ou même si elle l'aliène à titre gratuit, l'acquéreur ne s'en trouve pas moins tenu envers elle du montant de la dot (20). A l'inverse, si le paraphernal est vendu à un prix plus élevé que le montant de la dot, il faut admettre que la partie excédentaire n'est pas dotale (article 1543 du Code civil) (21).

---

(17) V., sur ce point, *infra*, N° 484, et *supra*, N°s 80, 81, 168.
(18) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1209.
(19) Cf. *infra*, N° 484.
(20) Cf. Planiol, II, N° 1678.
(21) Cf. *supra*, N° 168, et comp. *supra*, N° 287.

De même, en cas de saisie du paraphernal par les créanciers, la femme est autorisée à prélever sur le prix une somme égale au montant de sa dot, par préférence à tous créanciers (22). Et si la Cour de Cassation n'a pas suivi les Cours du Midi qui imposaient au créancier saisissant de s'engager à faire porter le prix d'adjudication à un montant égal à celui de la dot, voire de consigner ce montant (23), il faut bien reconnaître que ces règles étaient pourtant dans la logique d'une théorie qui oblige le donataire du bien paraphernal à verser à la femme le montant de sa dot. De telles règles scindent la valeur dotale et le bien matériel qui la contient. Cette valeur étant seulement individualisée par la matière, mais demeurant elle-même immatérielle, le respect de l'équivalence devient possible.

La contre-valeur dans la subrogation est soumise à un régime différent parce qu'elle est imprégnée de matérialité. Cela est vrai même sous le régime dotal où, pourtant, le respect de l'équivalence est très poussé (24) : si, malgré les précautions légales (cf. article 1556 et suivants du Code civil), un bien dotal est régulièrement aliéné à perte, la subrogation réelle ne fonctionne jamais que sur la créance du prix, ou le bien acquis en échange ou en remploi. Cela est encore plus vrai dans la subrogation réelle en général (25). La raison en est que la subrogation ne réalise l'appréhension des valeurs que par l'intermédiaire des biens qui les contiennent et, du même coup, les individualisent. A cette matérialité de l'appréhension correspond, naturellement, la matérialité de la contre-valeur. Alors que la valeur dotale incluse est seulement individualisée par le bien matériel paraphernal, la *contre-valeur dans la subrogation réelle s'identifie avec le bien matériel de remplacement.*

Cette matérialité de l'objet de la subrogation entraîne les fléchissements de l'équivalence que nous avons relevés (26). Surtout, elle traduit le rôle étendu joué par les biens matériels. Ils ont, certes, pour première mission, d'individualiser la valeur qu'ils contiennent. Le bien de remplacement notamment, par sa provenance, identifie la même valeur que l'ancien. Mais ce premier rôle conduit à un second : les biens matériels n'individualisent pas seulement la contre-valeur, ils la constituent. Ce second rôle mérite d'être souligné, car il permet, autant que le premier, de préciser la notion de subrogation réelle par son objet.

---

(22) Cf. Planiol, III, N° 1679.
(23) *Ibid.*
(24) Cf. *supra,* N^{os} 277, 282 et suivants.
(25) Cf. *supra,* N^{os} 273, 282 et suivants.
(26) Cf. *supra,* N^{os} 282 et suivants.

SECTION II

PRECISION DE LA NOTION DE SUBROGATION REELLE PAR CELLE DE CONTRE-VALEUR

316. — Des développements précédents, il résulte que la contre-valeur peut être considérée sous deux aspects : celui de la matière, celui de la valeur.

Au point de vue matériel, l'originalité de la contre-valeur procède de sa provenance. La contre-valeur est constituée par un bien matériel nouveau qui provient de l'ancien. En cela, la contre-valeur permet de distinguer la subrogation réelle d'autres procédés techniques d'appréhension des biens, également matérialistes, mais indifférents à la condition de provenance (§ 1er).

Au point de vue de la valeur, l'originalité de la contre-valeur vient encore de sa provenance. Elle dégage la notion de valeur individualisée par son origine et permet, par suite, de distinguer la subrogation réelle d'autres procédés qui, eux aussi, mettent en œuvre la notion de valeur, mais dégagent de celle-ci une conception purement quantitative (§ 2).

§ 1er. — Distinction de la subrogation et d'autres procédés également matérialistes

317. — La subrogation réelle n'est pas le seul procédé en vertu duquel un droit, par le fait même qu'il portait sur un bien ancien, va porter sur un bien nouveau. Il se peut que ce bien nouveau, au lieu de remplacer l'ancien, s'unisse à celui-ci pour constituer avec lui l'objet du droit. Il en est ainsi dans l'accession, ou encore lorsque le droit porte sur un groupe de biens fongibles entre eux, de telle sorte que leur individualité étant indifférente, le groupe se trouve largement ouvert aux acquisitions nouvelles venant s'adjoindre aux biens du groupe.

Nous avons déjà précisé dans quelles conditions apparaît la concurrence entre l'accession ou la fongibilité générale et la subrogation réelle (27). Lorsque l'union au bien ancien ou au groupe se produit sans que ce bien ou ce groupe ait subi de fluctuation, aucune partie de l'objet ancien n'ayant

(27) Cf. *supra*, N° 224.

disparu, il n'y a rien à remplacer. Lorsqu'à l'inverse, l'objet ancien du droit a totalement disparu, aucune union avec lui n'est possible et seule se pose une question de subrogation. Mais lorsque l'objet matériel ancien (bien ou groupe) a *partiellement* disparu, par aliénation, destruction ou perte, l'appréhension du bien nouveau peut se faire soit par union à la partie subsistante de l'ancien objet, soit par remplacement de la partie disparue. Ainsi apparaît, en cas de fluctuation partielle, la concurrence entre la subrogation réelle et les procédés d'accession au sens large.

Les intérêts théoriques et pratiques de la distinction entre ces procédés ayant déjà été dégagés (28), il reste à déterminer comment doit se faire la distinction.

Dans les deux cas, c'est la notion de contre-valeur qui la commande. Car sur le plan strictement technique, l'appréhension du bien nouveau se fait de la même façon dans la subrogation réelle et dans l'accession ou l'adjonction à un groupe. Mais alors que dans la subrogation le bien nouveau est appréhendé en raison de sa provenance matérielle par rapport à la *partie disparue* de l'ancien, dans les procédés d'accession, cette appréhension, indifférente à la provenance, se réalise en raison de la destination et de l'utilisation du bien par rapport *à ce qui reste* de l'ancien.

Dans le premier cas, on se préoccupe de l'origine du bien, dans le second, on recherche ce qu'on en fait. Cette différence générale de principe étant posée, il convient de la préciser à propos de l'accession proprement dite et de la fongibilité générale.

1er POINT. — SUBROGATION REELLE ET ACCESSION

318. — La distinction de la subrogation réelle et de l'accession se précise si l'on considère la provenance et l'individualité du bien nouveau. La différence entre les deux modes d'appréhension, quant à la provenance du bien nouveau, résulte du rôle joué à l'égard de chacun d'eux par la disparition partielle du bien ancien. Nous avons vu (29) que cette disparition partielle est la condition de la subrogation réelle, alors qu'elle est indifférente à l'accession.

Point n'est besoin, en effet, pour que le bien nouveau s'unisse à l'ancien par accession, que ce bien ancien ait été altéré. Il s'ensuit, naturellement, que si cette destruction partielle s'est effectivement produite, comme elle ne joue

(28) Cf. *supra*, N° 224, a).
(29) Cf. *supra*, N° 224, b).

aucun rôle dans le phénomène d'accession, celui-ci n'exige aucun lien de provenance entre le bien nouveau et la partie disparue du bien ancien.

Au contraire, la fluctuation partielle est la condition du remplacement et, par conséquent, de la subrogation. On ne remplace que ce qui disparaît. Cette condition dérive de la nature des choses. Et, ce point admis, la subrogation ne fonctionne que si le bien nouveau provient de l'ancien. Nous avons suffisamment précisé la nature et la force de cette exigence (*supra*, N^{os} 274, 275, 277 et suiv.). Si elle n'est pas imposée par la nature technique des choses, elle dérive néanmoins des buts de la subrogation et ne conditionne pas moins la subrogation réelle (30).

Cette première différence, qui concerne la provenance du bien nouveau, correspond à une seconde qui constitue, en réalité, un autre aspect d'une même réalité.

319. — Si la provenance du bien nouveau est indifférente à l'accession, c'est que celle-ci met au premier plan une autre condition qui est la perte de *l'individualité* du bien nouveau qui doit venir se fondre avec ce qui reste de l'ancien. Et cette perte d'individualité est aussi indifférente à la subrogation réelle que la provenance l'est à l'accession.

Il semble que cette perte d'individualité, qui caractérise l'accession, puisse s'analyser en deux éléments (31).

a) Elle comporte d'abord un élément formel, et même corporel. Le bien nouveau doit non seulement s'adjoindre à l'ancien, mais encore s'unir et *s'incorporer* à lui, selon les expressions mêmes de l'article 551 du Code civil. Les constructions, plantations et ouvrages réalisés sur un fonds, les alluvions accroissant ce fonds, etc... (articles 555 et suiv. du Code civil) satisfont à cette condition. La plus-value d'un bien quelconque fournit peut-être le meilleur exemple de bien incorporé et le droit des régimes matrimoniaux fait une application de cette idée en déclarant propres sous le régime de communauté les plus-values des biens propres, même si ces plus-values sont dues à l'emploi de valeurs qui auraient dû être communes (32). Il en va de même, d'une façon générale, des accroissements des biens propres dès qu'ils ne sont pas de simples adjonctions ou annexes de propres (33). Un arrêt de la Cour d'Appel de Douai a eu récemment à développer cette idée et à décider que des fonds de commerce achetés par un époux commun en biens pour être fermés,

(30) Cf. *supra*, N^{os} 274 et 275.
(31) Cf. R. Vouin, note J.C.P. 1950. 2. 5438 bis.
(32) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 417, Ripert et Boulanger, III, N° 319.
(33) Planiol et Ripert, *op. cit*, N^{os} 416 et suivants.

afin d'éviter la concurrence faite à un fonds de commerce propre, étaient propres par accession en raison de l'incorporation représentée par cette fermeture, alors que d'autres fonds achetés en vue d'être loués à des débitants, clients du fonds de commerce propre, étaient communs, car ils gardaient leur individualité (34). Ainsi, corporellement, le bien nouveau doit ne faire qu'un avec le bien ancien ou encore, selon les termes de l'arrêt de la Cour de Douai précité, « se fondre » avec lui, « s'agréger et s'unir à lui de la façon la plus intime et d'une manière indissoluble ».

b) Mais la perte d'individualité du bien nouveau qui conditionne l'accession a aussi un aspect fonctionnel. L'accession entraîne une unité de régime juridique en appliquant à l'accessoire le régime du principal. Ainsi s'établit une prépondérance qui dicte l'unité de régime. Comme on l'a dit, « l'accessoire, en s'unissant au principal, se perd en lui » (35).

Il importe de préciser que, sous ses deux aspects, la perte d'individualité du bien nouveau qui caractérise l'accession doit se réaliser par *rapport au bien ancien*. C'est avec le bien ancien que le bien nouveau ne doit faire qu'un. Alors est satisfaite une condition propre à l'accession et étrangère à la contre-valeur dans la subrogation réelle. Mais nous savons que la contre-valeur elle-même n'exclut pas pour autant toute idée d'accessoire. Nous avons vu que lorsque plusieurs provenances sont possibles pour déterminer la nature et le régime uniques de la contre-valeur, l'idée d'accessoire intervient pour commander le choix de la provenance (36). Mais l'idée d'accessoire joue alors un rôle interne à la notion de contre-valeur. On reste sur le plan de la subrogation réelle sans que celle-ci entre en concurrence avec une accession véritable. Ainsi, on a justement remarqué (37) que, sous le régime de communauté, l'accroissement des propres par l'acquisition d'un bien nouveau à l'aide de valeurs propres et de valeurs communes, à supposer qu'il soit admis (38), relève de la subrogation et non de l'accession.

Dans un tel accroissement, la notion d'accessoire joue, en effet, pour déterminer la contre-valeur au sein de laquelle se trouve également l'élément principal. Dans l'accession, au contraire, l'élément principal est constitué non par une partie du bien nouveau, mais par la partie subsistante du bien ancien.

320. — Cette différence souligne bien la distinction

(34) Cf. Douai, 26 janvier 1948, S. 1949. 2. 1, note P. Raynaud, J.C.P. 1950. 2. 5438 bis.
(35) Cf. Vouin, note précitée.
(36) Cf. *supra*, N°s 284, 285, c), 286, c).
(37) Cf. P. Raynaud, note précitée.
(38) Cf. *supra*, N° 286.

essentielle qui oppose, par leur objet, l'accession et la subrogation réelle.

Dans l'accession, le bien nouveau et le bien ancien ne doivent faire qu'un, corporellement et fonctionnellement. C'est dire qu'un rapport doit être établi entre le bien nouveau et la partie subsistante du bien matériel ancien, et c'est un rapport de *destination*.

Dans la subrogation réelle, la contre-valeur exprime aussi une unité. Mais cette unité n'est pas matérielle et elle n'existe pas entre le bien nouveau et la partie subsistante du bien ancien. Il s'agit d'une unité *en valeur* entre le bien nouveau et la partie *disparue* du bien ancien. C'est pourquoi le rapport dont résulte cette unité est un rapport de *provenance*.

En somme, la subrogation réelle est aussi différente de l'accession que le remplacement l'est du fusionnement.

Cette différence fondamentale étant posée, il convient de remarquer que la subrogation réelle et l'accession peuvent parfaitement se compléter. Cette remarque est d'autant plus intéressante que les notions d'incorporation et d'accessoire qui commandent l'accession, sont assez souples pour laisser la place à des hésitations, voire à des divergences. On le voit bien sous le régime de la communauté où deux arrêts récents se sont opposés sur la qualification à donner à des agrandissements de biens propres par achat d'immeubles nouveaux aménagés pour améliorer l'exploitation d'un bien propre préexistant (39). Lorsque l'accession est rendue impossible par l'absence de ces conditions fondamentales, la subrogation réelle peut conduire au même résultat si, d'autre part, les conditions propres à la contre-valeur sont satisfaites. Ainsi, sous le régime de communauté, si le bien nouveau acquis ne peut être propre en tant qu'agrandissement d'un propre, il peut l'être dans la mesure où on peut admettre qu'il provient d'un propre (40). Inversement, si les conditions de la subrogation réelle ne sont pas remplies, l'accession peut la suppléer utilement (40 bis). Les rôles complémentaires des deux procédés techniques sont évidemment réciproques. Enfin, lorsque les conditions propres à chacun des deux procédés sont également satisfaites, il existe une option entre la

(39) Cf. Poitiers, 4 juin 1940, D.H. 1940. 155, qui a admis le caractère propre de l'agrandissement. Douai, 26 janvier 1948, précité, qui a refusé ce caractère au nom des mêmes principes. Cf. *infra*, N° 672. Au surplus, il peut arriver que l'acquisition nouvelle, par son importance, constitue l'élément principal, le bien ancien n'étant qu'accessoire. L'unité s'établit alors sur le régime de l'acquisition nouvelle.

(40) Cf. *supra*, N°s 285-286.

(40 bis) V. l'exemple que nous donnons en matière de bail, *infra*, N°s 653, 654.

subrogation et l'accession. Nous avons déjà donné les raisons pour lesquelles il semble que, dans l'état actuel de notre technique juridique, la subrogation réelle ne doive être que subsidiaire à l'accession (41).

2e POINT. — SUBROGATION REELLE ET FONGIBILITE GENERALE

322. — La subrogation réelle suppose, par sa nature même, la fongibilité relative de deux biens entre eux (42). Elle est donc normalement exclue par la fongibilité générale. Nous avons déjà remarqué que si tous les biens d'un groupe déterminé sont fongibles entre eux, il devient superflu de déclarer qu'un bien nouveau remplace l'un déterminé d'entre eux plutôt que tel autre (43). La remarque vaut pour les droits portant sur le patrimoine en général, tel le droit de gage des créanciers établi par l'article 2092 du Code civil ; elle vaut également pour l'hypothèque légale de la femme mariée portant sur les immeubles du mari, l'hypothèque légale du pupille sur les biens du tuteur, le privilège du bailleur d'immeuble sur tous les meubles garnissant les lieux loués, etc... (44). Dans tous les cas, la subrogation est rendue superflue par le fait que le groupe considéré est largement ouvert aux acquisitions nouvelles. La loi exclut l'idée de remplacement comme condition d'appartenance au groupe. Dès lors, l'entrée dans le groupe dépend, comme dans l'accession, d'un rapport de destination, du reste très variable, entre le bien nouveau et les autres biens du groupe, et non d'un rapport de provenance entre ce même bien nouveau et la disparition d'un bien ancien déterminé. C'est donc dans la mesure où la fongibilité générale, au regard d'un droit déterminé, conduit logiquement à englober dans l'objet de ce droit toute acquisition nouvelle, qu'elle rend superflue toute condition concernant la provenance de cette acquisition et, par là, qu'elle exclut la notion même de subrogation réelle. Il faut, du reste, remarquer à cet égard que la volonté peut parfois supprimer l'ouverture du groupe aux acquisitions nouvelles, la fongibilité demeurant entre les biens anciens. Ainsi, une bibliothèque, un troupeau, peuvent être vendus tels qu'ils seront au moment de la livraison, ou qu'ils étaient à une date déterminée. La composition de la bibliothèque ou du troupeau se trouve alors arrêtée à cette date.

---

(41) Cf. *supra*, N° 224, a).
(42) Cf. *supra*, N° 81.
(43) Cf. *supra*, N°s 22, a), 70, 73.
(44) V. la liste de tous ces cas, *supra*, N° 224, a).

A partir de ce moment, ils cessent d'être ouverts aux acquisitions nouvelles. La subrogation réelle recouvre, du coup, son intérêt en rattachant les acquisitions nouvelles, en principe exclues à l'un des éléments primitifs du groupe. Le même phénomène se produit parfois par l'effet de la loi. Ainsi, le patrimoine d'une personne forme normalement un groupe ouvert aux acquisitions nouvelles. Mais, si au décès de cette personne, ce même patrimoine tombe dans l'indivision, entre les héritiers, sa composition se trouve arrêtée à partir de ce moment ; et la subrogation réelle acquiert, de ce fait, un intérêt évident pour maintenir l'intégrité en valeur de l'indivision successorale lorsqu'un des effets successoraux est aliéné ou détruit (45). On pourrait multiplier les exemples. Dans tous ces cas, la fongibilité existant entre les éléments du groupe se trouve limitée par le fait même que la composition de ce groupe est fixée à un moment déterminé. La fongibilité n'est plus vraiment générale. Fongibilité générale et ouverture du groupe aux acquisitions nouvelles vont de pair, la première appelle normalement la seconde, et c'est pourquoi elle exclut la notion de contre-valeur et de subrogation réelle.

323. — Il convient d'autant plus d'insister sur cette idée de fongibilité générale, qu'elle éclaire le mécanisme de l'exclusion de la subrogation dans les groupes ouverts aux acquisitions nouvelles. La fongibilité vraiment générale implique essentiellement l'indifférence marquée par le droit à l'égard de tous les éléments du groupe, considérés en eux-mêmes. Seul le groupe existe comme objet de droit, seul il est doué d'individualité et seul il peut être globalement remplacé. Mais l'entrée d'un bien nouveau dans ce groupe ne peut constituer, elle, qu'une *incorporation*. L'idée de fongibilité générale conduit donc à un résultat analogue à celui de l'accession. Le bien nouveau, considéré au regard d'un droit déterminé comme simple élément supplémentaire du groupe ancien, perd son individualité pour se fondre dans le groupe qui garde son individualité ancienne. Le groupe tout entier joue le même rôle que le bien ancien accru par accession d'un élément nouveau (46). Ce dernier s'incorpore au groupe, comme l'agrandissement s'incorpore au bien accru.

Quant à l'aspect fonctionnel de l'accession, reposant sur l'idée d'accessoire, il est sans doute moins précisé à l'égard des groupes de biens. Mais pour être moins explicite, cette notion n'existe pas moins, et de façon assez nette dans certains cas ; il suffit de songer à l'un des éléments d'un fonds

(45) Pour l'étude de la subrogation dans l'indivision successorale, cf. *infra*, N°s 598 et suivants.

(46) Comp. *supra*, N°s 318 et suivants.

de commerce, par exemple, pour s'en convaincre. Chaque élément contribue à la fonction du fonds tout entier, qui est de réaliser l'exploitation de l'entreprise commerciale ou industrielle (47).

L'accroissement d'un groupe normalement ouvert aux acquisitions nouvelles relève donc d'un mécanisme voisin de l'accession. Aussi, l'intégration d'un bien nouveau dans ce groupe obéit-elle à des règles aussi différentes de celles qui régissent la contre-valeur, que le sont celles qui gouvernent l'accession (48). On voit ainsi que le bien nouveau peut soit entrer dans le groupe, quelle que soit son origine, mais en perdant toute individualité au profit de celle du groupe, soit remplacer le groupe tout entier, mais à condition d'en provenir matériellement dans le patrimoine considéré, et sans perdre alors son individualité, qui se substitue à celle du groupe.

§ 2. — Distinction de la subrogation réelle et des procédés mettant en œuvre une notion quantitative de la valeur

324. — Pour être un procédé essentiellement matérialiste (49), la subrogation réelle *une fois accomplie* ne dégage pas moins, en fait, l'importance attachée à la valeur des biens (50). Si la contre-valeur est constituée par un bien matériel déterminé, le choix de ce bien matériel relève d'une conception précise de la valeur. Envisagée sous cet angle, la subrogation réelle présente des caractères propres dont l'originalité, à cet égard encore, est exprimée par la condition de provenance. La subrogation réelle dégage la notion de valeur individualisée par son origine matérielle. En cela, elle se distingue, par son objet même, d'autres procédés qui font appel à une notion strictement quantitative de la valeur.

Or, il est notable que ce caractère n'a généralement pas été dégagé. Il en est résulté un trouble sur le concept même de la subrogation réelle. Si la confusion entre la subrogation réelle et l'accession est évitée, car facilement évitable, il n'en est pas de même de celle qui identifie la subrogation avec les procédés quantitatifs. C'est ainsi que l'on a pu voir des

---

(47) Cf. Henry, thèse, p. 181.
(48) Cf. *supra*, N° 320.
(49) Cf. *supra*, N°s 80 et suivants et 315.
(50) Cf. *supra*, N°s 72 et 306.

cas de subrogation réelle dans des hypothèses où les conditions constitutives de la contre-valeur n'étaient pas remplies. Nous relèverons la confusion, d'abord à propos de l'interprétation d'une espèce jurisprudentielle souvent citée et, ensuite et surtout, à propos de la distinction qu'il importe d'établir entre la subrogation réelle et l'action *de in rem verso*.

Article premier. — L'ARRET DE LA COUR D'APPEL DE LYON, DU 24 AOUT 1871, ET SON INTERPRETATION DOCTRINALE

325. — Les auteurs invoquent couramment l'arrêt de la Cour de Lyon, du 24 août 1871 (51), comme un exemple d'extension de la subrogation réelle dans l'exercice du droit de retour légal de l'ascendant donateur (52). Une telle affirmation appelle une mise au point. Il ne fait aucun doute que les motifs de cet arrêt ouvrent largement la porte à la subrogation dans l'exercice du droit de retour légal et permettent une interprétation extensive de l'article 747, al. 2, du Code civil (53). Mais il n'en est pas moins vrai que le dispositif de ce même arrêt consacre une solution qui n'est pas la subrogation. Il importe de le relever pour écarter toute ambiguïté de la notion même de subrogation réelle.

Une ascendante avait donné une somme de 85.100 francs à sa petite-fille, qui se l'était ultérieurement constituée en dot par son contrat de mariage. La somme avait été versée au mari de cette petite-fille. Sur cette somme, conformément aux stipulations du contrat de mariage, le mari avait retenu 33.800 francs, sans obligation pour lui de faire emploi. Comme le remarque l'arrêt, une créance de reprise était née au profit de la femme contre le mari, créance soumise au droit de retour de l'article 747, al. 2, du Code civil en cas de prédécès de la petite-fille à son ascendante. De plus, toujours en conformité du contrat de mariage, une somme de 26.859 francs 25 centimes, prélevée sur les 51.300 francs qui restaient aux mains du mari, avait été employée à l'acquisition d'une rente de 1.154 francs qui devait être paraphernale. L'arrêt relève que « le capital de cette rente représente partie des valeurs provenant de la donation ». Quant aux 24.440 francs

---

(51) S. 1872. 2. 121.

(52) Cf. Henry, thèse, p. 361 ; Planiol, III, N° 1915 ; Ripert et Boulanger, III, N° 1797.

(53) Cf. *infra*, N° 596.

75 centimes restants, ils avaient été employés à l'achat de 83 obligations du Chemin de Fer de l'Est.

La contre-valeur des 85.100 francs se trouvait donc constituée par les trois éléments suivants : la créance de reprise contre le mari, les titres de rente, les 83 obligations du Chemin de Fer de l'Est. La subrogation aurait consisté à soumettre au droit de retour ces trois éléments qui, seuls, individualisaient la valeur au sens que nous avons précédemment dégagé.

Or, telle n'est pas la solution à laquelle s'est rangée la Cour de Lyon. Cette dernière a reconnu à l'ascendante donatrice le droit de reprendre dans la succession, par application de l'article 747 du Code civil, une *somme d'argent* de 85.100 francs. La Cour, en décidant ainsi, s'est fondée sur le fait que la valeur de 85.100 francs n'avait pas disparu de la succession, ce qui, *en montant*, était exact. En réalité, cette décision n'a été guidée que par une notion purement quantitative de l'équilibre en valeur et n'a été sensible qu'au fait que la succession s'était trouvée enrichie d'une valeur de 85.100 francs, du fait de la donation, et que cet enrichissement n'avait pas disparu au jour du décès. C'est pour établir cet enrichissement que l'arrêt a été conduit à attacher une importance capitale à l'origine des obligations, des titres de rente et de l'action en reprise et, après avoir précisé que « ces valeurs étaient jusqu'à due concurrence la représentation exacte et réelle des deniers provenant de la donation », à affirmer que l'origine desdites valeurs était « d'autant plus certaine que la fortune de la dame de Callac (la donataire), inventoriée dans son contrat de mariage, n'avait subi aucune variation et était restée ce qu'elle était au moment du mariage ». L'enrichissement de la succession ordinaire étant ainsi fermement admis, le souci de la Cour de Lyon a été d'y *remédier* en remettant dans la succession anomale une valeur égale à cet enrichissement.

Le jeu de la subrogation réelle, en cette espèce, aurait au contraire consisté, les constatations précédentes sur l'origine des valeurs acquises au moyen des deniers provenant de la donation étant faites, à *éviter* l'enrichissement de la succession ordinaire, en soumettant ces valeurs mêmes à l'exercice du droit de retour légal. Par conséquent, l'opinion qui voit dans cet arrêt un cas de subrogation réelle (dont la Cour de Lyon, du reste, ne parle pas) revient à confondre l'équilibre quantitatif en valeur entre deux masses de biens et la perpétuation matérielle de chacune de ces masses que réalise la subrogation réelle.

La différence qui existe entre ces deux notions est à la base de la distinction qu'il convient d'établir entre la subrogation réelle et l'action *de in rem verso*.

Article 2. — DISTINCTION DE LA SUBROGATION RÉELLE ET DE L'ACTION *DE IN REM VERSO* PAR LEUR OBJET

326. — La subrogation réelle et l'action *de in rem verso* nous l'avons déjà noté (*supra*, N° 84), constituent deux moyens techniques pouvant répondre à des désirs analogues d'équivalence. Le rapprochement, quant au fondement, des deux voies de droit s'impose à l'esprit dès l'abord. Aussi, les auteurs n'ont-ils pas manqué d'y procéder (54). Cette identité de fondement n'est admissible que si l'on considère qu'éviter les enrichissements sans cause constitue, pour le législateur, une directive générale. En ce sens, le législateur doit normalement remédier aux enrichissements sans cause inévitables par une compensation pécuniaire, ou même quelquefois en nature, obtenue sur l'action *de in rem verso*. Mais, dans le même ordre d'idées, il est logique de prévenir les enrichissements sans cause, pour ne pas avoir à y remédier. Le législateur, pour y parvenir, met en œuvre différents moyens préventifs, tels que l'aménagement de l'action en revendication, l'établissement des règles relatives à la formation du contrat empêchant les transferts involontaires de droits. La subrogation réelle trouve sa place au premier rang de ces moyens préventifs. En conservant les droits à travers les fluctuations matérielles imposées par les nécessités du commerce juridique, elle constitue, en elle-même, la négation des enrichissements sans cause.

Il est, au demeurant, très contestable que l'action en revendication, voire la subrogation réelle, ressortissent à l'intention d'éviter les enrichissements sans cause. Présentée ainsi, l'affirmation en arrive à confondre le but et la conséquence. Au surplus, une telle directive, même entendue en ce sens, se ramène au but général du droit qui est d'assurer le maximum de justice dans les rapports sociaux. Autant dire qu'elle se vide à peu près de toute précision et, par conséquent, de tout intérêt. Le rapprochement, quant au fondement philosophique, de la subrogation réelle et de l'action *de in rem verso* devient par trop verbal et ne doit pas nous retenir davantage (55).

327. — Il convient cependant de remarquer que certains cas pratiques révèlent une notable similitude des résultats

---

(54) Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1901, pp. 295 et suivantes. Maury, *La notion d'équivalence*, thèse, Toulouse, 1920, T. II, pp. 365 à 368 ; J.-P. Béguet, *L'enrichissement sans cause*, thèse, Alger, 1945, N° 110 texte et notes (49) et (51).

(55) Comp. Béguet, *op. cit.*, N° 15.

obtenus au moyen des deux voies de droit, identité que certains des auteurs qui ont opéré le rapprochement n'ont pas manqué de relever. Ils ont ainsi été conduits à rechercher des analogies sur le plan non seulement philosophique, mais technique. Ainsi, Demogue (56), partant de la constatation de ces résultats, est allé jusqu'à laisser supposer que la subrogation réelle pouvait constituer un mode particulier d'exercice de l'action *de in rem verso*. Cet auteur envisage l'hypothèse de la réclamation par l'héritier véritable, agissant en pétition d'hérédité, d'un bien acquis par l'héritier apparent, en remploi d'un bien héréditaire valablement aliéné. « L'héritier apparent, dit Demogue, n'est tenu que de l'*in rem versum,* et il est débiteur de son enrichissement tout entier, lequel peut avoir acquis une valeur différente de celle du bien aliéné. Or, comment apprécier cet enrichissement plus exactement qu'en l'obligeant (l'héritier apparent) à restituer, dans tous les cas, les meubles ou les immeubles obtenus en contre-échange ou, d'une façon générale, tous ceux qui ont pour origine le bien primitif, si l'on remonte dans le passé à travers les remplois successifs... Aucun obstacle ne nous empêche d'admettre la subrogation réelle ».

La subrogation réelle est donc bien présentée comme un mode particulier d'exercice de l'action *de in rem verso*. Cette assimilation n'eût pas été possible si les résultats pratiques obtenus, c'est-à-dire la récupération d'un bien par son véritable propriétaire n'avaient pas été parfois les mêmes. Mais cette identité de résultats ne doit pas conduire à la confusion des deux notions. L'exemple cité par Demogue, cas certain de subrogation réelle, ne peut apparaître comme une application particulière de l'action *de in rem verso,* qu'à la condition de voir dans cette dernière une action portant sur un bien en nature. Or, ce point peut précisément faire l'objet d'une discussion qui révèle, sur le plan technique, une profonde différence de principe entre l'objet de l'action *de in rem verso* et celui de la subrogation réelle (57).

Cette différence de principe est, du reste, génératrice, dans la majorité des cas, de divergences entre les résultats pratiques, que les analogies ou même les identités accidentelles et contingentes ne doivent pas faire méconnaître. Il convient d'autant plus de préciser ces divergences, qu'elles permettent d'affirmer si telle ou telle règle particulière constitue une application de l'action *de in rem verso* ou de la subrogation réelle.

---

(56) *Op. cit.*

(57) Il existe également une différence concernant la nature juridique de l'action *de in rem verso* et de l'action exercée en vertu de la subrogation réelle. Cette différence sera étudiée en deuxième partie, titre II, *infra,* N^{os} 531 et suivants.

1er POINT. — DIFFERENCE DE PRINCIPE ENTRE L'OBJET DE L'ACTION DE IN REM VERSO *ET CELUI DE LA SUBROGATION REELLE*

328. — L'action *de in rem verso* peut certainement aboutir, dans certains cas, à la restitution d'un corps certain. Demogue (58) a établi que cette restitution avait lieu lorsqu'elle résultait du meilleur mode d'appréciation du montant de l'enrichissement. Mais il importe surtout de préciser à quel titre cette restitution est opérée et quelle en est la nature juridique.

La théorie de l'enrichissement sans cause met en œuvre une notion sinon d'équivalence, du moins d'équilibre *quantitatif* des valeurs. Par l'action *de in rem verso,* on ne réclame pas une valeur individualisée par tel corps certain qui la contient, mais une valeur déterminée par son seul montant. En ce sens, on a pu justement écrire que l'objet de cette action était essentiellement une somme d'argent (59). Et M. Maury, dans son travail sur la notion d'équivalence (60), a précisé davantage la nature de l'action en faisant ressortir son caractère indemnitaire. Il a ainsi été conduit à dégager la signification exacte de la restitution d'un corps certain obtenue sur l'action *de in rem verso.* Cette restitution n'est jamais qu'un mode de paiement. « L'action *de in rem verso,* écrit M. Maury (61), est indemnitaire, la restitution en nature, quand elle est possible, étant toujours pour le défendeur une faculté de paiement. » La restitution en nature, en effet, ne relève aucunement de la nature propre de l'action *de in rem verso.* Elle est le résultat d'une dation en paiement et soumise, à ce titre, aux conditions générales posées par l'article 1243 du Code civil. L'obligation de l'enrichi sans cause peut être éteinte par la dation en paiement, dans les mêmes conditions que toute autre obligation. Le débiteur ne peut imposer la restitution en nature au créancier qui ne peut l'exiger. C'est l'acceptation du bien offert en dation en paiement par le défendeur qui est à la base de la restitution en nature et non, comme pourrait le laisser croire l'affirmation de Demogue, l'origine de ce bien (62).

---

(58) *Op. cit.*

(59) Henry, *thèse,* p. 309.

(60) Maury, *La notion d'équivalence,* thèse, Toulouse, 1920, T. II, pp. 365 à 368.

(61) *Op. cit.,* p. 367.

(62) M. Béguet, de son côté, dans une pénétrante analyse, remarque, avec plus de netteté encore, que « *l'in rem versum* n'a pas une individualité propre ; c'est un avantage pécuniaire qui profite à une personne indépendamment de son substrat matériel qui peut varier ». Aussi, « lorsque l'enrichissement primitif a consisté dans l'acquisition d'un bien, *il faut soigneusement écarter l'idée que l'objet de l'action de in rem verso est le bien lui-même* » (*op. cit.,* N° 110).

Aussi, M. Maury a-t-il pu affirmer, après avoir souligné le caractère indemnitaire de l'action *de in rem verso :* « la subrogation est donc, d'évidence, impossible ». Les deux notions sont, en effet, étrangères l'une à l'autre. Et l'on peut reprocher à Demogue non seulement de laisser planer l'équivoque, lorsqu'en affirmant justement que la restitution d'un corps certain sur l'action *de in rem verso* n'est qu'un mode de restitution de l'enrichissement, il paraît n'attacher d'importance qu'à des corps certains acquis en remploi du bien primitivement aliéné, mais surtout, partant de la notion d'enrichissement sans cause, d'arriver avec un naturel apparent à identifier l'action *de in rem verso* et la subrogation réelle. Car l'affirmation critiquée, et c'est ce qui nous intéresse particulièrement, méconnaît, à coup sûr, l'économie de la subrogation réelle. Dans le jeu de l'action *de in rem verso,* Demogue ne le nie pas, le corps certain n'est considéré qu'en raison du montant de sa valeur. Dans la subrogation réelle, il n'est appréhendé qu'en raison de sa provenance. Provenant matériellement du bien aliéné, le bien acquis en remploi identifie et individualise la même valeur, quelle que soit la variation que le montant de cette dernière ait pu subir.

M. Maury, dans un autre passage de sa thèse (63) consacré à cette distinction, a cru devoir établir la différence suivante : la subrogation réelle mettrait en œuvre une notion subjective d'équivalence, alors qu'une notion objective serait à la base de la théorie de l'enrichissement sans cause. Si cet auteur entend ainsi affirmer que, selon les principes de la subrogation, la valeur est toujours incluse dans un bien auquel son sort est lié quant au montant, une telle conclusion est très exacte. Là réside, en effet, la différence essentielle entre l'objet de la subrogation réelle et celui de l'action *de in rem verso.* Toutefois, il paraît préférable de ne pas recourir au qualificatif « subjectif », pour marquer l'emprise des biens et le rôle de la provenance matérielle de ceux-ei, dans la subrogation. Il est moins ambigu de dire que, dans la subrogation réelle, les valeurs sont individualisées par les biens qui les contiennent sous la condition de la provenance matérielle de ces biens, alors qu'elles ne sont déterminées que par leur montant et, du même coup, libérées de toute imprégnation de matérialité dans le fonctionnement de l'action *de in rem verso.*

C'est donc bien le glissement de la notion d'action *de in rem verso* à celle de subrogation réelle qu'il faut condamner. L'objet de chacune d'elles est essentiellement distinct.

Et, s'il se peut que dans certains cas le résultat accidentel de l'une coïncide avec le résultat nécessaire de l'autre,

(63) Maury, *op. cit.,* T. II, p. 68.

cette identité apparente ne doit pas masquer la différence de principe. Elle ne doit même pas faire oublier que cette coïncidence est purement fortuite et que la divergence que révèlent les principes se manifeste aussi dans les résultats pratiques.

2e POINT. — DIVERGENCES DES RESULTATS OBTENUS PAR L'ACTION DE IN REM VERSO *ET PAR LA SUBROGATION REELLE*

329. — La valeur obtenue en utilisant l'action de *in rem verso* n'est généralement pas celle que procure l'action conservée par la subrogation réelle. Une telle différence permet de caractériser pratiquement la subrogation réelle et de la distinguer de l'action *de in rem verso*. Lorsque l'action exercée en vertu de la subrogation réelle est une action réelle, ce procédé de distinction des deux notions par leur objet n'est pas le seul, la nature technique de l'action, dans les deux cas, étant également différente (*infra*, N°s 531 et suiv.). Au contraire, lorsque l'action conservée par la subrogation réelle est une action personnelle, subrogation et action *de in rem verso* se reconnaissent principalement par leur objet. L'étude des divergences entre les résultats des deux voies de droit revêt donc une importance pratique accrue et mérite une attention particulière lorsque l'on considère la subrogation dans les droits de créance.

I — DIVERGENCES GENERALES

330 — D'une manière générale, on peut affirmer que les règles de calcul de la valeur restituée par application de la subrogation réelle conduisent à des résultats qui diffèrent d'une manière appréciable de ceux obtenus par l'action *de in rem verso*.

Le montant exact de la valeur réclamée par cette dernière action est assez indéfini. Ce peut être soit l'appauvrissement du demandeur, soit l'enrichissement du défendeur (64).

On peut citer, à cet égard, l'exemple classique de l'article 555 du Code civil. En présence d'un possesseur de bonne foi qui a fait des constructions, plantations ou ouvrages sur son fonds, le propriétaire est, à son choix, tenu au remboursement « de la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre » (appauvrissement du possesseur) ou au

(64) Cf. sur ce point, Béguet, *op. cit.*, N°s 72 à 115.

remboursement d'une « somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur » (enrichissement du propriétaire). En présence d'un possesseur de mauvaise foi, le propriétaire, s'il garde les constructions, plantations ou ouvrages, est tenu de rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main-d'œuvre, somme généralement supérieure au montant de la plus-value du fonds, mais il peut toujours, s'il le préfère, imposer la démolition au possesseur.

En matière de communauté conjugale, le règlement des récompenses donne également lieu à des solutions assez disparates. La communauté est toujours débitrice de tout ce qu'elle a encaissé (articles 1433, 1436 du Code civil). Mais les époux ne sont jamais tenus envers elle que de ce qui leur a profité (article 1437) (65).

Malgré la grande diversité des solutions, la doctrine et, semble-t-il, la jurisprudence sont d'accord pour admettre qu'entre l'appauvrissement du demandeur et l'enrichissement du défendeur, appréciés au moment de la demande, la plus faible des deux sommes est restituée (66). Par suite, dans l'hypothèse de la pétition d'hérédité sur laquelle raisonnait Demogue (67), le bien acquis en remploi par l'héritier apparent peut parfaitement ne pas constituer la meilleure appréciation de la valeur à restituer. Si ce bien se trouve avoir acquis, au jour de la demande, une plus-value par rapport à la valeur du bien aliéné, ce n'est pas lui que l'action *de in rem verso* permet d'obtenir, mais une somme d'argent d'un montant égal à la valeur du bien aliéné.

Les règles de restitution qui découlent de la subrogation réelle sont essentiellement différentes. En toute hypothèse, c'est le bien acquis en remploi, c'est-à-dire l'enrichissement du défendeur, qui est réclamé par application de la subrogation. Peu importe que sa valeur ait augmenté ou diminué ; seul il individualise la valeur dont l'origine est recherchée. Tout souci d'équilibre purement quantitatif entre les valeurs est très secondaire dans la théorie de la subrogation réelle (67 bis).

La Cour de Cassation a mis cette vérité en lumière à propos d'une espèce que nous avons déjà citée (68). L'arrêt de la Chambre Civile, du 29 avril 1901 (69), a enjoint à une

---

(65) Cf. Planiol, III, N° 1295.

(66) Planiol, II, N° 937 ter ; Colin et Capitant, 8e édition, II, N° 241 ; Demogue, *Obligations*, T. III, N° 170 ; Planiol et Ripert, T. VII, par P. Esmein, N° 765 ; Ripert, *Règle morale*, N° 141 ; Lyon, 11 janvier 1906, D. 1906. 2. 132 ; Paris, 27 juillet 1928, Gaz. Pal., 1928. 2.697 ; *contra*, Ripert et Teisseire, *Rev. trimestrielle*, 1904, p. 72.

(67) Dans le passage précité, Revue critique, 1901, p. 295.

(67 bis) *Supra*, chap. Ier, section II, Nos 259 et suivants.

(68) Cf. *supra*, N° 280.

(69) S. 1903. 1. 321.

commune donataire de restituer aux héritiers du donateur un immeuble substitué à l'immeuble donné, malgré la plus-value acquise par le nouveau bien. La commune, qui avait demandé qu'on lui tienne compte de cette plus-value, a été déboutée de sa demande. Fort judicieusement, l'arrêt remarque que les parties auraient pu faire état de cette différence de valeur ; mais on serait sorti alors du domaine de la subrogation réelle.

Il apparaît donc que si la subrogation réelle et l'action *de in rem verso* aboutissent au même résultat pratique, c'est à la suite de circonstances fortuites et contingentes. Il en est ainsi dans tous les cas où la valeur déterminée par le défendeur (seule restituée en toute hypothèse, par application de la subrogation réelle) est inférieure à celle dont est privé le demandeur. Mais c'est précisément dans ces cas qu'il importe surtout de distinguer les deux voies de droit. L'affirmation d'une identité entre les objets de chacune d'elles, sous le couvert d'une similitude pratique accidentelle, constitue une erreur dont les inconvénients sont singulièrement accrus si l'on se place dans l'hypothèse particulière de la subrogation dans les droits de créance. Dans ce domaine, en effet, les caractères propres de l'objet de la subrogation, jouent un rôle plus important pour reconnaître pratiquement notre notion. L'observation impose une telle remarque.

II. — APPLICATION AU CAS DE SUBROGATION DANS LES DROITS DE CREANCE

A. — Position de la question

331. — Une fluctuation matérielle, dans l'assiette d'un droit réel, menace le maintien de ce dernier non seulement dans son individualité, mais encore dans sa nature. Or, tels sont les deux éléments qui doivent être conservés par la subrogation, le maintien du droit dans son individualité ne se concevant que si le bien nouveau provient de l'ancien (70). Si donc, à la suite de la fluctuation, le bien nouveau n'est plus l'objet que d'un droit de créance, on peut affirmer qu'il n'y a pas de subrogation. Si, à l'inverse, un droit réel a pour objet le bien nouveau, il y a toutes chances pour que ce droit soit celui qui frappait le bien ancien, c'est-à-dire, pour que le droit réel se soit conservé, dans sa nature et dans son individualité. Il ne peut, en effet, exister de nouveau droit réel sans que la source en soit connue. Ainsi, dans l'hypothèse prévue par l'article 132 du Code civil, on se demandera si l'absent de retour reprend à titre de propriétaire ou de

(70) *Supra*, N° 84 ; rapp. *infra*, N° 521.

créancier le bien acquis en remploi par l'envoyé en possession. Si l'absent reprend le bien à titre de propriétaire, la source de son droit de propriété ne peut être que la propriété du bien ancien. La question de la *naissance* d'un droit réel distinct ne se pose pratiquement pas (71). Il suffit, pour savoir s'il y a subrogation, d'examiner la nature du droit exercé sur le bien nouveau. Or, cette nature se révèle facilement par les prérogatives conférées par le droit réel : droit de préférence, droit de suite, exclusion de la règle *Genera non pereunt*. Il existe donc, en matière de droit réel, un moyen de reconnaître facilement la subrogation par la nature technique du droit exercé, sans avoir à recourir à l'analyse, plus délicate, de l'individualité du droit et encore moins à celle de son objet.

Dans le domaine des droits de créance, la question se pose différemment. La nature du droit de créance n'est pas menacée par la fluctuation matérielle. Si, en effet, le droit réel peut dégénérer en droit de créance (auquel cas il n'y a pas subrogation), l'inverse ne se conçoit pas. Le droit de créance, par sa nature, peut concerner toutes sortes de biens, même des genres. Dès lors, l'analyse de cette nature ne suffit plus à faire reconnaître la subrogation. Si l'on veut caractériser cette dernière en procédant au seul examen du droit exercé, sans s'intéresser à son objet, force est bien de vérifier si le droit de créance s'est conservé non plus dans sa nature, mais dans son individualité.

Or, une telle étude est, le plus souvent, difficile à entreprendre (72). La plupart des critères auxquels on peut recourir ne sont pas sûrs. Ainsi, le fait que l'action personnelle en réclamation d'un bien acquis en remploi soit assortie des sûretés qui garantissaient l'action originaire sur le bien ancien ne prouve pas nécessairement que le droit de créance se soit conservé dans son individualité. L'action sur le bien nouveau peut également être, par exemple, une action en responsabilité contractuelle dont la source réside dans l'inexécution de l'obligation principale et ne doit pas se confondre avec la subrogation réelle. Or, d'après la jurisprudence, l'action en responsabilité contractuelle est garantie par les sûretés qui assortissaient l'action principale en exécution (73). La réclamation du corps certain acquis en remploi et non d'une somme d'argent ne suffit pas non plus à distin-

(71) Il n'en est, du reste, pas toujours ainsi, comp. *infra*, N^os^ 520 et suivants.

(72) Comp. *infra*, N^os^ 514 et suivants.

(73) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligat.*, T. I, Planiol et Ripert, T. VII, par Radouant, N° 821 ; Demogue, *Obligat.* T. V, N° 310 ; Req., 9 mai 1881, D. 82. 1. 13 ; Req., 9 mars 1922, D. 1923. 1. 21.

guer une réclamation, de l'action en responsabilité contractuelle. Cette dernière, certes, tend normalement à l'obtention d'une somme d'argent (74). Mais si cette règle s'impose au juge, il n'en va pas de même à l'égard du législateur. La loi peut, dans un cas particulier, estimer que le meilleur mode de réparation du dommage souffert par le créancier, du fait de l'inexécution de l'obligation, consiste dans la restitution du corps certain acquis en remploi. Dès lors, la subrogation réelle et l'action en responsabilité présentent le même aspect technique. La distinction ne devient sensible que si la réclamation du corps certain acquis en échange ou en remploi est prévue dans un cas où, d'après les principes de la responsabilité contractuelle, le débiteur serait libéré, par exemple, parce que la perte du bien qui faisait l'objet de l'obligation principale résulte d'un cas de force majeure. Mais il ne convient pas, pour autant, de se hâter d'affirmer que l'action en réclamation est une application de la subrogation réelle, c'est-à-dire une exécution en nature prolongée. Même en cas de perte du bien ancien par cas de force majeure, le législateur a pu voir dans la restitution du bien de remploi une application particulière de l'action *de in rem verso*. Une deuxième distinction s'impose donc, et elle est très difficile à opérer pour peu que l'action sur le bien ancien ne soit pas assortie de sûretés particulières, si l'on prétend se limiter au seul examen du droit exercé. Il est nécessaire d'étudier l'objet de l'action.

C'est donc par l'analyse de son objet que la subrogation peut, pratiquement, se caractériser dans le domaine des droits de créance. Peut-être le fait que l'objet de la subrogation n'a guère été étudié explique-t-il que les auteurs se soient désintéressés de la subrogation dans ce domaine. Il existe cependant des hypothèses où une telle question se pose et dans lesquelles la notion même de subrogation peut se préciser par son objet. De ces hypothèses, il nous faut donner des exemples illustrant, par l'application pratique, les principes généraux.

B. — Applications pratiques

332. — Les articles 1934 et 1935 du Code civil, relatifs aux obligations du dépositaire, fournissent deux exemples où la recherche de la subrogation réelle ne peut s'opérer que par l'objet de la restitution. Ces deux dispositions édictent, dans deux hypothèses voisines, des solutions différentes qu'il convient d'étudier séparément.

---

(74) Planiol, 2e édit., T. II, N° 224 ; Planiol et Ripert, T. VII, par Radouant, N° 822.

1°) *L'article 1934 du Code civil.*

333. — D'après ce texte, « le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange ». Quel est, en ce cas, le fondement juridique de l'action du déposant ? Doit-on y voir une application de la subrogation réelle ? Pour répondre à cette question, c'est à l'analyse de l'objet de l'action exercée qu'il convient de se livrer.

Il importe d'abord de remarquer que l'article 1934 est étranger à l'action réelle en restitution, qui appartient au déposant. La rubrique sous laquelle cet article est écrit, intitulée « Des obligations du dépositaire », indique bien que le législateur a entendu réglementer l'action personnelle en restitution et non l'action réelle en revendication. Il ne paraît pas faire de doute que la réclamation du bien acquis en échange n'est pas plus assortie d'un droit de préférence que celle du bien initialement déposé, réglementée par les articles 1932 et suivants, figurant sous la même rubrique et dont l'article 1934 fait partie.

L'article 1934 est également étranger à la responsabilité contractuelle. Les causes génératrices de la restitution prévue par l'article 1934 sont, en effet, étrangères à celles qui concernent la responsabilité contractuelle. En cette dernière matière, l'étendue de l'obligation une fois déterminée sur la base des articles 1137, 1302, 1927, 1928 du Code civil, le débiteur est libéré s'il prouve que l'inexécution est due à une cause indépendante de sa volonté, cas fortuit ou force majeure (articles 1147, 1929 du Code civil) (75). Dans l'hypothèse prévue par l'article 1934, ces principes conduisent normalement à l'exonération du dépositaire, sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Le texte le dit, et nul ne songe à le discuter (76), l'article 1934 n'entre en jeu que si l'objet déposé a été perdu par une force majeure. Cette remarque permet d'affirmer que, même lorsque l'article 1934 aboutit à faire restituer par le dépositaire une somme d'argent, il ne constitue pas un cas particulier de responsabilité. Le dépositaire n'est plus *responsable* s'il prouve que la perte n'est pas due à sa faute (articles 1302, 1927, 1928 du Code civil) et, à plus forte raison, s'il établit positivement qu'elle résulte d'un cas de force majeure (articles 1302, 1929 du Code civil). S'il ne parvient pas à administrer cette preuve, il est tenu, dès que le déposant a prouvé le dépôt. Sur la base

(75) Cf. Planiol et Ripert, VII, par Radouant, N° 384 ; Rodière, L'exode de 1940 et la responsabilité des dépositaires, J.C.P. 1942. 1. 268 ; Limoges, 5 mai 1942, J.C.P. 1942, II, 1938, note Rodière.

(76) Cf. Planiol et Ripert, T. XI, par Savatier, N° 1178.

de l'article 1934, au contraire, le dépositaire est tenu alors même qu'il prouve la perte par force majeure. Mais pour qu'il en soit ainsi, le déposant doit prouver, en plus du dépôt, la réception d'un prix ou de quelque autre chose, par le dépositaire. C'est donc bien la réception du prix ou de cette chose et non l'inexécution de l'obligation initiale qui engendre l'obligation spéciale prévue par l'article 1934.

Une telle idée est étrangère à l'économie de la responsabilité contractuelle. Si les auteurs voient généralement dans l'article 1934 un cas d'inexécution par équivalent (77), c'est que, d'une part, la notion de subrogation réelle, particulièrement dans les droits de créance, est trop étrangère à leur esprit pour qu'ils y fassent appel et que, d'autre part, la théorie de l'enrichissement sans cause répond à des données différentes de celles qui inspirent les solutions découlant de l'article 1934. Mais ce dernier point doit nous retenir davantage, car une fois l'explication par la responsabilité contractuelle écartée, le choix entre la subrogation réelle et l'action *de in rem verso* pour dégager le fondement juridique de l'article 1934 dépend principalement de l'analyse de l'objet de l'action exercée. L'étude ainsi conduite met en lumière les principes que nous avons dégagés (*supra*, N° 328) et fait apparaître leur utilité accrue en matière de droit de créance.

L'article 1934 édicte au moins trois règles. Le dépositaire doit rendre au déposant : a) le corps certain acquis en échange du bien déposé ; b) la créance qui, entre les mains du dépositaire, a pu remplacer le bien déposé ; c) le montant du prix, si le dépositaire l'a perçu. Comment, dans chacune de ces trois hypothèses, l'action conservée par la subrogation réelle peut-elle se distinguer, par son objet, de l'action *de in rem verso ?*

a) *Un corps certain est acquis à la place de la chose déposée.*

334. — On peut trouver un exemple, assez rare, mais admissible, dans ce cas. Un objet de cristal déposé est brisé sans la faute du dépositaire, par le fait d'un tiers dont le dépositaire ne répond pas. Un objet de métal (or, argent, etc...), de même valeur, est remis en remplacement au dépositaire par ce tiers. Sans la disposition de l'article 1934, le déposant n'aurait qu'une action en responsabilité contre l'auteur du dommage, mais il ne serait pas fondé à réclamer l'objet en métal au dépositaire, libéré vis-à-vis du déposant. Sauf intention libérale à son égard, le dépositaire devrait rendre cet objet en or à l'auteur du dommage. L'article 1934

(77) Planiol et Ripert, T. XI, par Savatier, N° 1178, v., toutefois, l'idée de subrogation réelle avancée par Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, N° 45, Laurent, T. XXVII, N° 108.

impose de restituer au déposant cet objet en métal, quelle que soit la valeur, supérieure ou inférieure, qu'il a pu acquérir au jour de la demande en restitution par rapport à celle de l'objet de cristal.

Tel est exactement le résultat postulé par la subrogation réelle. Tout invite à voir dans l'article 1934 une application de cette notion. L'article 1934 prévoit une véritable subrogation dans la restitution en nature, et les risques d'augmentation ou de diminution de la valeur sont normalement pour le déposant. Quant au dépositaire, il ne fait jamais que restituer ce qu'il détient pour le compte d'autrui.

La théorie de l'enrichissement sans cause n'aurait pas nécessairement conduit à ce résultat. L'exercice de l'action *de in rem verso* ne se conçoit qu'en cas de remploi, par le dépositaire, des deniers provenus du bien initialement déposé (78). Si le dépositaire a simplement reçu un bien en échange, il l'a acquis pour le compte du déposant, lequel n'est pas appauvri. Si, au contraire, le dépositaire a reçu des deniers, il en est devenu propriétaire (*infra*, N° 336). Il a pu, par la suite, les remployer pour son propre compte. Il s'enrichit alors aux dépens du déposant, qui peut exercer contre lui l'action *de in rem verso*. Or, il est possible de comparer les solutions auxquelles conduit cette action, dans l'hypothèse du remploi, à celles qui résultent de l'article 1934 en cas d'échange. Le dépositaire qui remploie les deniers provenus d'une indemnité à lui versée pour destruction du bien en cristal déposé, en achetant par la suite un objet en métal, ne doit pas toujours restituer ce dernier au déposant intentant contre lui l'action *de in rem verso*. Si la valeur de l'objet en métal a diminué au jour de la demande du déposant, celui-ci n'a, certes, droit qu'à cette valeur (montant de l'enrichissement du dépositaire inférieur à l'appauvrissement). Mais le déposant ne peut obtenir l'objet acquis en remploi que par l'effet d'une action en paiement, l'action *de in rem verso* ne portant pas normalement sur un corps certain, mais sur une somme d'argent égale à la valeur de l'enrichissement (*supra* N° 228). Si, à l'inverse, la valeur de l'objet acquis en remploi par le dépositaire a augmenté au jour de la demande, le déposant ne peut jamais obtenir qu'une somme d'argent égale à la valeur de l'objet en cristal (montant de l'appauvrissement du déposant inférieur, en ce cas, à l'enrichissement du dépositaire).

La subrogation réelle serait indifférente à ces variations de valeur. L'origine de l'objet acquis en échange ou en remploi est seule prise en considération dans la théorie de la

(78) Nous verrons plus loin (*infra*, N° 652) si l'art. 1934 prévoit ou non la subrogation réelle en cas de remploi.

subrogation. Par conséquent, une disposition qui, comme celle de l'article 1934, oblige en toute hypothèse à la restitution de l'objet acquis en échange sous la seule condition de sa provenance est étrangère à l'économie de l'action *de in rem verso*. Dans l'hypothèse du remploi, la subrogation donnerait exactement les mêmes résultats que ceux prévus expressément par l'article 1934 pour l'échange. On peut donc voir dans cet article un cas de subrogation réelle, dans l'action personnelle en restitution d'un corps certain (79).

b) *Une créance est acquise à la place de la chose déposée.*

335. — La chose déposée a, par exemple, été réquisitionnée en application de la loi sur l'organisation de la nation en temps de guerre, ou a été détruite par fait de guerre. Cette chose a fait place, entre les mains du dépositaire, à une créance d'indemnité contre l'Administration.

La différence de principe entre l'objet de l'action *de in rem verso* et celui de l'action conservée par la subrogation réelle ne se traduit plus ici par une divergence aussi nette des résultats pratiques. L'article 1934 donne incontestablement au déposant le droit de réclamer la créance d'indemnité. Mais l'action *de in rem verso,* si elle pouvait jouer en ce cas, conduirait à la même solution. Elle permettrait d'obtenir la créance d'indemnité. Certes, l'objet, par exemple, réquisitionné dans les mains du dépositaire peut toujours, pour une raison quelconque (vétusté, variation des prix), diminuer de valeur depuis la fixation de l'indemnité. Mais cette nouvelle valeur ne constituerait pas l'appauvrissement du déposant, et encore moins l'enrichissement du dépositaire. Cet enrichissement serait, sans aucun doute, représenté par la créance d'indemnité, et il en serait de même de l'appauvrissement du déposant. Si, en effet, le déposant avait gardé la chose réquisitionnée, c'est entre ses mains que serait née la créance d'indemnité. C'est donc bien de cette créance qu'il aurait été privé par le dépôt, et c'est cette créance que l'action *de in rem verso* lui ferait obtenir.

L'intérêt pratique de l'analyse de l'objet des deux voies de droit est donc considérablement diminué en cette hypothèse, où l'appauvrissement serait égal à l'enrichissement et s'identifierait à la créance qui remplace le bien déposé. En réalité, la réclamation de la créance de remplacement, sur la base de l'article 1934, ne se distingue pas de l'action *de in rem verso* par son objet, mais par les conditions dans lesquelles elle prend naissance.

L'action *de in rem verso* est inconcevable, car ne n'est

(79) L'intérêt de cette conclusion apparaîtra au cours de l'étude de l'interprétation de l'article 1934, *infra*, N° 652.

pas dans le patrimoine du dépositaire que naît la créance, mais dans celui du déposant. Il n'y a, par suite, ni appauvrissement du déposant, ni enrichissement du dépositaire. Il ne peut être question d'action *de in rem verso* parce que le déposant est *titulaire* de la créance d'indemnité et que, sur le plan de l'exécution personnelle du contrat de dépôt, l'article 1934 prolonge l'exécution en nature par la subrogation réelle (80). Par conséquent, la coïncidence fortuite des règles de calcul de la valeur réclamée par les deux voies de droit ne présente pas de trop graves inconvénients pratiques, la distinction pouvant s'opérer ici par d'autres moyens (81).

c) *Des deniers ont été versés au dépositaire en remplacement de la chose déposée.*

336. — L'article 1934 permet au déposant de réclamer le prix de la chose déposée, aussi bien quand il a été versé au dépositaire que quand il reste dû. Or, des deniers sont, par nature, inaptes à individualiser une valeur. La règle *Genera non pereunt* jouant normalement, la valeur due par le dépositaire n'est plus déterminée que par son montant. Aussi avons-nous été conduits à établir que la réclamation du déposant, lorsqu'elle porte sur le prix reçu par le dépositaire, ne saurait constituer un cas de subrogation réelle (*supra,* N° 313).

On peut y voir une application des principes de l'enrichissement sans cause. Le dépositaire recevant des deniers en devient propriétaire. Il serait enrichi aux dépens du déposant s'il gardait cette somme (82). Il doit donc la restituer sur l'action intentée contre lui par le déposant.

Mais alors, peut-on penser, n'est-il pas surprenant d'expliquer un ensemble de solutions homogènes dans la pensée du législateur par des notions différentes ? N'est-il pas choquant, notamment, de voir dans la restitution d'une créance, en cas de subrogation, et dans la restitution des deniers provenant de ladite créance un cas d'action *de in rem verso,* alors que, pratiquement, les solutions sont les mêmes ?

A première vue, une telle remarque ne manque pas de poids. En réalité, elle conduit à justifier les conclusions précédentes bien plus qu'à les critiquer.

D'abord, elle souligne un fait sur lequel nous avons insisté (*supra,* N° 65). La subrogation n'est qu'un procédé technique qui peut, dans certains cas, se révéler inadapté au but à atteindre et être alors étayé par un autre procédé

(80) Comp. *infra,* N° 527, notes 113 et 651.

(81) Il importe de souligner le caractère fortuit de cette coïncidence qui peut parfaitement disparaître dans des cas voisins de celui prévu par l'article 1934, cf. ce qui est dit au sujet de l'art. 1935, *infra,* N° 337.

(82) Colin et Capitant, 8e édit., T. II, N° 825.

technique, sans que l'homogénéité économique ou sociale des solutions finales soit pour autant altérée.

De plus et surtout, la rupture, dans l'explication des différentes prescriptions de l'article 1934, correspond à une modification normale dans le comportement des règles de droit commun relatives au dépôt. Le législateur ne pouvait, pratiquement, *exiger* que le dépositaire, recevant des deniers, les individualisât par un dépôt en banque ou à la Caisse des Dépôts et Consignations, ou encore à une Caisse d'Epargne. Surtout, il eût été absurde de subordonner la réclamation du déposant à une telle individualisation. Aussi, à partir du moment où le dépositaire a en mains les deniers, le législateur renonce à lui interdire de s'en servir. Il le constitue simplement débiteur d'une somme égale. C'est bien ce qu'a prévu l'article 1934. Autrement dit, par la force des choses, le dépôt régulier se transforme en dépôt irrégulier. Le dépositaire acquiert la propriété des deniers et devient débiteur d'un genre (83). Notre droit connaît un phénomène analogue en matière de prêt de consommation (articles 1892 et suiv., Code civil) et de cautionnement ou gage des sommes d'argent (article 832, Code Proc. civ.) (84).

Et ici apparaît la modification aux règles essentielles du dépôt suivant lesquelles le dépositaire ne doit pas se servir de la chose déposée et est astreint à la rendre dans son identité au déposant (articles 1930 et 1932 du Code civil). Dans le cas de dépôt irrégulier, la restitution se fait vraiment par équivalent.

Aussi est-il tout à fait normal que la subrogation réelle n'ait pas de place dans le dépôt irrégulier. Les règles spéciales à cette variété de dépôt résultent de l'absence d'individualisation d'une valeur représentée en deniers et sont, par suite, logiquement incompatibles avec le fonctionnement de la subrogation réelle. La subrogation ne se conçoit que dans le dépôt régulier, où elle constitue le complément de la règle posée par l'article 1932. Elle résulte de la volonté du législateur de voir intervenir la restitution en nature dans les cas où celle-ci est normalement concevable. Tant que, grâce à une individualisation suffisante, on parvient à établir un lien de provenance étroite entre un objet quelconque et l'objet déposé, la loi estime que la restitution en nature est préférable à une restitution par équivalent. La subrogation réelle, loin de constituer, comme on l'a dit, un cas de restitution par équivalent (85), réalise, au contraire, un prolonge-

(83) Il reste qu'un dépositaire consciencieux et diligent, recevant une somme d'argent pour le compte du déposant, ferait bien de s'abstenir de s'en servir.

(84) Cf. Civ., 12 décembre 1890, D. 91. 1. 325.

(85) Planiol et Ripert, T. XI, par Savatier, N° 1178.

ment de la restitution en nature. C'est donc bien à l'inspiration de l'article 1932 que l'article 1934 se rattache.

2°) *L'article 1935 du Code civil.*

337. — La même remarque permet d'expliquer l'article 1935 du Code civil. La situation faite par ce texte à l'héritier du dépositaire qui, de bonne foi, vend la chose dont il ignore le dépôt est, à certains égards, plus avantageuse que celle qui résulte de l'article 1934. L'héritier n'est tenu, en ce cas, « que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur s'il n'a pas touché le prix ». Le motif de cette disposition est clair. Le législateur entend soustraire l'héritier à la responsabilité contractuelle en raison de sa bonne foi. Quand l'héritier est responsable contractuellement, il doit réparer le dommage causé au déposant par l'aliénation, et ce dommage doit normalement s'apprécier au moment où l'action en responsabilité est intentée (86). Or, à cette époque, la valeur des objets déposés puis aliénés par l'héritier, surtout s'il s'agit de titres, peut avoir augmenté depuis le moment du dépôt. Cette valeur nouvelle représente le dommage subi par le déposant. C'est elle qui doit être payée à celui-ci sur la base de la responsabilité contractuelle. Telle est bien la solution qui s'impose à l'héritier qui, de mauvaise foi, a aliéné les objets déposés. Dans le cas où, au contraire, l'héritier est de bonne foi, l'article 1935 limite son obligation à la restitution de la valeur qu'il détient (87).

Il est certainement possible de reconnaître un cas de subrogation réelle dans la cession de l'action en paiement du prix. Cette solution est également donnée par l'article 1934 et doit recevoir la même explication. L'article 1935 apporte une double limite à cette subrogation. Elle est subordonnée à la bonne foi de l'héritier, règle qui crée une condition subjective que la subrogation ne comporte pas par elle-même ; elle n'a lieu qu'en cas de vente du bien par l'héritier (88).

Le jeu de l'action *de in rem verso,* qui n'est pas astreint à cette double limite, n'aurait pas nécessairement conduit à ce résultat. Il convient, en effet, de noter que les règles de calcul de la valeur à restituer sur la base de l'action *de in rem verso* ne s'appliquent pas de façon identique lorsque la chose a été enlevée au débiteur par un cas de force majeure et lorsque le débiteur l'a volontairement aliénée. Nous avons

(86) En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt,* N° 1109 ; Planiol et Ripert, T. XI, par Savatier, N° 1177. Rappr. *supra,* N° 235 texte et note (10).

(87) L'article 1380 du Code civ. soumet au même régime *l'accipiens* qui a vendu la chose, reçue de bonne foi en paiement indû.

(88) Elle a également lieu en cas de perte de la chose par force majeure, l'art. 1303 étant d'application générale. Cf. *infra,* N° 652.

établi (89) que, dans le premier cas, la créance de remplacement correspond à ce qui, dans le jeu de l'action *de in rem verso*, représente en même temps l'enrichissement du débiteur et l'appauvrissement du créancier. Si, en effet, celui-ci avait gardé la chose, c'est entre ses mains que serait née la créance d'indemnité (de réquisition, d'expropriation, etc...). C'est donc de cette créance qu'il est toujours appauvri, quelle que soit la valeur que peut prendre ultérieurement la la chose réquisitionnée, expropriée, etc...). Par suite, c'est bien toujours cette créance que l'action *de in rem verso* lui permet de récupérer, puisqu'elle correspond à la fois à l'appauvrissement du créancier et à l'enrichissement du débiteur. Ce raisonnement ne vaut plus lorsque le débiteur s'est *volontairement* dessaisi de la chose. Certes, la créance du prix naît dans le patrimoine de l'héritier vendeur de bonne foi et seule partie au contrat de vente (90). Mais on ne peut pas dire que le déposant est privé de cette créance par le fait du dépôt, car il n'est pas sûr que si le déposant avait gardé cette chose, il l'aurait lui-même aliénée. Ce dont il est appauvri c'est donc bien de la valeur réelle et actuelle de la chose. Et si cette dernière a baissé depuis l'aliénation, c'est elle que ferait obtenir l'action *de in rem verso* et non la créance du prix (91). L'article 1935 obligeant l'héritier à rendre la créance du prix, en tout état de cause, se conforme donc à l'économie de la subrogation réelle et non à celle de l'action *de in rem verso*.

L'article 1935 ne constitue pas davantage une application de l'action *de in rem verso* dans la mesure où il permet au déposant de réclamer le prix des objets déposés, même versé à l'héritier. On doit en donner les mêmes raisons que celle que nous venons d'exposer. Mais il est également impossible d'y voir un cas de subrogation réelle, les deniers ne conférant pas à la valeur réclamée une individualisation suffisante. Cette restitution du prix versé est donc une précision propre à l'article 1935 (92), insusceptible d'extension aux autres obligations que celle du dépositaire, l'action *de in rem verso* devant alors jouer normalement.

---

(89) Cf. ce qui a été dit au sujet de l'article 1934, *supra*, N° 335.

(90) Laurent, T. 27, N° 109. On est donc bien dans un cas où l'action *de in rem verso* est concevable, à la différence de ce qui se passe dans le cas prévu par l'art. 1934, cf. *supra*, N° 335.

(91) Il est, du reste, fort possible que les juges, sensibles au caractère injuste de l'enrichissement de l'héritier, obligent ce dernier à restituer, sur la base de l'action *de in rem verso*, la créance du prix, quand bien même le montant total de celle-ci ne constituerait pas un enrichissement survenu dans son intégralité aux dépens du déposant.

(92) Et à l'article 1380. Tous les développements précédents concernant l'article 1935 s'appliquent à l'article 1380, cf. N° 652.

CONCLUSION

338. — Au terme de cette étude, l'importance de la notion de contre-valeur apparaît en toute lumière. Cette notion donne toute sa signification à l'économie de la subrogation réelle. Par sa nature même, celle-ci dégage un élément patrimonial unique se ramenant à une valeur individualisée, mais contenue dans deux ou plusieurs biens matériels distincts. Cette unité fonctionnelle en valeur correspond à une unité économique réelle, dans la mesure où le bien matériel nouveau provient de l'ancien (93). L'unité de valeur ainsi dégagée donne tout son sens à la conservation du droit. Celle-ci ne se justifie, en fait, que si elle repose sur une unité en valeur sous-jacente à la fluctuation purement matérielle de l'objet du droit. La conservation du droit ancien considéré non seulement dans sa nature, mais encore dans son individualité (94), se conçoit dans la mesure où ses deux objets successifs représentent économiquement la même valeur. L'unité de droit correspond, sur le plan technique, à l'unité économique qui unit les deux objets matériels. Il existe ainsi une harmonie entre l'objet de la subrogation et ses moyens de réalisation, qui se complètent exactement et s'éclairent réciproquement. Il est donc normal que la subrogation réelle se caractérise par son objet aussi essentiellement que par ses moyens de réalisation.

On voit, du même coup, l'importance qui s'attache à l'établissement de la provenance du bien nouveau.

La notion de valeur individualisée par son origine, révélant toute la signification rationnelle et théorique de la subrogation réelle elle-même, celle-ci dépend pratiquement de la preuve de la provenance. C'est l'étude de cette preuve qu'il convient maintenant d'entreprendre.

---

(93) Cf. *supra*, N^{os} 274 et 275.

(94) Cf. *infra*, N^{os} 490 et suivants.

CHAPITRE III

LA PREUVE DE LA CONTRE-VALEUR

339. — Prouver la contre-valeur, c'est en prouver les éléments constitutifs. Or, il apparaît immédiatement que la preuve de l'équivalence entre le bien nouveau et l'ancien ne soulève pas de question intéressante. D'abord, cette égalité quantitative n'est pas rigoureusement exigée (1). Ensuite, dans la mesure où l'on peut avoir à établir le montant de la contre-valeur, notamment en tant qu'indice de la provenance (2), aucune difficulté particulière ne s'élève. Il suffira d'établir l'acte juridique qui a fait apparaître la valeur nouvelle dans le patrimoine pour que ladite valeur soit réputée égale à l'ancienne. Ainsi, si la valeur nouvelle est apparue à la suite d'une vente ou d'un achat, ou d'un échange, il suffira de prouver la vente ou l'échange pour établir suffisamment l'équilibre quantitatif (3). Les indemnités diverses peuvent également être considérées comme égales à la valeur du bien, dont elles compensent la disparition, lorsque le dommage souffert par le patrimoine consiste dans cette disparition. Dans toutes ces hypothèses, si une contestation surgit, on doit recourir à l'expertise. Cette nécessité est imposée par la nature de l'acte qui fait apparaître la contre-valeur, et non par la notion même de contre-valeur (4).

La preuve du second élément de la contre-valeur, la provenance matérielle, est beaucoup plus importante. D'abord, cet élément étant absolument caractéristique, c'est lui qu'il importe au premier chef d'établir, car de lui dépend l'ad-

(1) Cf. *supra*, N°s 282 et suivants.
(2) Cf. *supra*, N° 253 texte et note (46).
(3) L'équivalence résulte, en réalité, de tel ou tel type d'acte juridique, cf. *supra*, N° 233.
(4) Cf. *supra*, N° 261.

mission ou le refus de la subrogation. Ensuite, à la différence de l'équivalence, la provenance ne résulte pas toujours suffisamment de tel type d'acte juridique par lequel s'opère la fluctuation. Il arrive que certaines conditions supplémentaires soient exigées. Ces conditions méritent une étude particulière non seulement sur le plan normatif, mais encore au point de vue rationnel afin de déterminer leur extension possible. De sorte que c'est *pratiquement à la preuve de la provenance que se ramène la preuve de la contre-valeur.*

C'est la charge et l'administration de cette preuve qu'il convient d'étudier ici.

SECTION I

CHARGE DE LA PREUVE

340. — *Principe.* — La charge de la preuve de la contre-valeur est normalement soumise au droit commun exprimé par la maxime « *Actori incumbit probatio* ». C'est à celui qui invoque la subrogation réelle à son profit de prouver que le bien, qu'il prétend être subrogé à l'ancien, provient de ce dernier. L'objet de cette preuve peut se décomposer en deux éléments : un lien d'origine entre tel bien et le bien ancien, identité entre le bien objet de la demande et le bien provenu de l'ancien (5). L'imputation de cette double preuve à la charge du demandeur, ne souffre, en principe, aucune difficulté, car elle n'est que l'application du droit commun à la preuve de la contre-valeur. Mais, partant de ce principe incontestable, on peut se demander si certaines circonstances particulières ne justifient pas exceptionnellement un renversement de la charge de cette preuve. L'analyse même de ces situations (§ 1er) révèle les limites qu'il convient de leur apporter en les maintenant dans le cadre d'une stricte exception (§ 2).

§ 1er. — Cas pouvant justifier un renversement de la charge de la preuve

341. — Ces cas se ramènent à une situation très parti-

(5) Cf. *infra,* Nos 349 et suivants.

culière qui apparaît dans la mesure où la subrogation réelle sur une chose de genre peut être admise. Nous avons vu (6) qu'une telle subrogation, dont on ne trouve pas d'exemple indiscuté en droit positif, est théoriquement concevable à condition que la restitution du défendeur au demandeur ne soit pas soumise à la règle *Genera non pereunt*. Le défendeur doit être libéré s'il ne détient plus effectivement les choses de genre soumises à restitution. Une telle règle de fond, qui exprime l'ultime exigence d'individualisation de la valeur, n'est possible qu'à l'égard des droits réels.

Cette règle de fond étant supposée admise (7), la subrogation peut, théoriquement, s'appliquer à une chose de genre comme à un corps certain. Mais elle appelle alors une modification dans la charge de la preuve de la provenance. L'exclusion de la règle *Genera non pereunt* signifie que le défendeur doit échapper à la revendication s'il a dissipé la chose de genre qu'il a reçue (le plus souvent une somme d'argent à la suite d'une vente), le succès de l'action du demandeur étant alors subordonné à la certitude que cette chose de genre n'a pas été dissipée (8). Or, il est pratiquement impossible d'exiger du demandeur de prouver que le défendeur n'a pas dissipé la somme d'argent qu'il a reçue et que, par conséquent, il détient encore cette somme. Une telle exigence aboutirait, en fait, à refuser son action au demandeur en raison des difficultés générales de preuve d'un fait négatif et des difficultés spéciales à l'individualisation des sommes d'argent et des genres.

A partir du moment où l'on admet la subrogation sur une chose de genre, en excluant au fond la règle *Genera non pereunt*, on est inévitablement conduit à imposer au défendeur de prouver, pour se libérer, qu'il a dissipé le genre qu'il a reçu, le demandeur étant, de son côté, affranchi de toute preuve autre que la réception du genre par le défendeur (9). Ainsi, le fardeau de la preuve est renversé : le demandeur est dispensé de prouver l'identité entre la valeur qu'il réclame et celle qu'a reçue le défendeur, ce dernier étant astreint, pour se libérer, à prouver l'absence de cette identité, c'est-à-dire la dissipation du genre (9 bis).

Un tel mécanisme est donc fondé, en réalité, sur deux considérations de fait. a) Le défendeur doit être, de par les

(6) Cf. *supra*, N°s 308 et suivants.
(7) Dans les conditions que nous avons précisées, *supra*, N° 312.
(8) Cf. *supra*, N° 312.
(9) *Ibid* et *infra*, N°s 403 et suivants.
(9 bis) Il n'en reste pas moins que si le défendeur ne peut faire sa preuve, le demandeur ne peut jamais reprendre qu'une somme égale à celle reçue par le défendeur et il faut voir là un fléchissement certain des conditions d'individualisation, cf. *supra*, N° 312, et *infra*, N°s 403 et suivants.

circonstances, plus en mesure de prouver l'identité de la valeur dissipée que le demandeur ne l'est de prouver l'identité de la valeur réclamée. Sinon, le renversement ne se justifie pas. Cette condition conduit à exiger que ce soit le défendeur lui-même qui ait reçu le genre et l'ait éventuellement dissipé. Alors seulement il pourra être à même de prouver l'identité entre la valeur reçue et la valeur dissipée (10). b) Jusqu'à cette preuve, le demandeur ne bénéficie pas d'autre chose que d'une présomption simple de non-dissipation du genre reçu par le défendeur. Une telle présomption peut paraître suffisamment justifiée, en matière de sommes d'argent, dès lors qu'il s'agit d'un capital. Normalement, en effet, la perte ou la dissipation d'un capital, à la différence des fruits et des intérêts, ne doit pas se présumer. Jusqu'à preuve du contraire, on doit penser que celui qui a reçu un capital l'a conservé. La règle est, du reste, traditionnellement admise (11).

Le renversement de la charge de la preuve ainsi fondé sur deux considérations de bons sens, est équitable. Plus favorable au défendeur que le droit commun des droits de créance où s'applique la règle *Genera non pereunt*, il l'est pourtant moins que le droit commun de la subrogation réelle, qui laisse au demandeur la preuve complète de la provenance. Ces caractères expliquent que ce système ait été effectivement proposé pour expliquer la reprise par l'absent de retour du prix de ses biens vendus par l'envoyé en possession définitif et qu'il soit susceptible d'extensions dans les cas où les circonstances qui le justifient sont réalisées. Ce sont ces applications qu'il nous faut examiner.

342. — a) *La revendication de son patrimoine par l'absent de retour*, après l'envoi en possession définitif, est régie par l'article 132 du Code civil. Ce texte stipule que l'absent recouvre non seulement ses biens en nature, mais encore le « prix de ceux qui auraient été aliénés ». La reprise du prix n'est pas subordonnée à la condition qu'il soit encore dû. L'absent recouvre donc le prix même versé à l'envoyé. Selon une certaine conception que nous avons déjà rencontrée (12) et qui est soutenue par Demolombe (13), cette disposition ne constitue pas l'absent purement et simplement créancier de l'envoyé selon le droit commun (14). La règle *Genera*

(10) Et encore même à cette condition la preuve de l'identité, entre la valeur reçue et celle qui a été dissipée, sera souvent très difficile, cf. *infra*, N°s 404 et 405.

(11) Cf. en ce sens Pothier, *Traité du droit de propriété*, N° 429 ; Demolombe, II, N°s 168 et suivants ; Aubry et Rau, V, p. 184.

(12) Cf. *supra*, N° 309.

(13) II, N°s 168 et suivants.

(14) Comme l'ont soutenu certains auteurs, cf. Valette, Traité de Proud'hon, p. 329, note 1.

non pereunt doit être exclue et l'envoyé doit être libéré s'il est établi qu'il a dissipé le prix qu'il a reçu.

Cette opinion trouve une justification, quant au fond, dans l'homogénéité qu'elle crée entre les différentes dispositions de l'article 132. L'absent de retour reprend ses biens en nature « dans l'état où ils se trouvent ». L'envoyé définitif n'est donc pas responsable des dégradations diverses et des pertes qui ont éventuellement atteint le bien en nature ; l'envoyé a même pu donner ce bien. Il serait donc anormal que, libéré par la perte du bien en nature, il ne le soit pas par la dissipation du prix (15).

Cette solution de fond, une fois admise, réagit forcément sur la preuve qui doit être précise, car l'absent de retour supporte seulement les pertes atteignant son propre patrimoine et non celles que l'envoyé a pu subir sur ses propres biens. Il importe donc de savoir le plus exactement possible si c'est bien le prix reçu par l'envoyé, pour la vente d'un bien de l'absent, qui a été ou non dissipé. Mettre à la charge de l'absent demandeur la preuve précise de la non-dissipation par l'envoyé reviendrait à condamner son action à l'insuccès pour les raisons que nous avons déjà précisées (16). Il paraît beaucoup plus normal d'imposer à l'envoyé de prouver le fait positif de la dissipation, preuve qu'il pourra d'autant mieux administrer que c'est lui qui a accompli ce fait positif et qu'il est mieux placé que quiconque pour fournir des pièces justificatives si elles existent (17). Tant que cette preuve n'a pas été administrée, l'envoyé doit être présumé avoir conservé le prix, présomption généralement fondée (18) qui trouve ici une application pleinement justifiée.

C'est pour ces différentes raisons que ce système a été soutenu à propos de l'article 132 du Code civil (19). Ainsi compris et fondé sur une présomption traditionnelle, il peut paraître plus conforme que contraire aux principes ; c'est pourquoi il ne serait pas impossible de l'étendre à des situations analogues.

343. — b) *La pétition d'hérédité* fournit un exemple d'une telle situation.

La réclamation par l'héritier véritable du prix d'un bien héréditaire, versé à l'héritier apparent vendeur, est toutefois subordonnée à des conditions plus étroites que celles régissant la réclamation de l'absent contre l'envoyé définitif. Alors

---

(15) Pour cette argumentation de fond, cf. *infra,* N° 595.

(16) Cf. *supra,* N° 341.

(17) Cette preuve lui sera quand même souvent fort difficile à administrer, cf. *infra,* N°s 404 et suivants.

(18) Cf. *supra,* N° 341.

(19) Demolombe, II, N°s 168 et suivants.

que ce dernier peut aliéner librement les biens de l'absent à qui l'article 132 enlève le droit de suite, l'héritier apparent voit les aliénations qu'il consent sur les biens héréditaires subordonnées à la double condition de la bonne foi du tiers acquéreur et de l'erreur commune (20). C'est donc seulement à propos de telles aliénations que la question peut ici se poser.

L'exclusion de la règle *Genera non pereunt* au profit de l'héritier apparent qui a reçu le prix d'un bien héréditaire par lui vendu, ne saurait s'appuyer en toute certitude sur le fait que ce même héritier apparent aurait pu « dissiper » le bien en nature en le donnant (21). Alors que les pouvoirs d'aliénation gratuite de l'envoyé en possession définitif trouvent un appui dans l'article 132 du Code civil déclarant que l'absent reprend ses biens (c'est-à-dire son patrimoine) « dans l'état où ils se trouvent », les pouvoirs de l'héritier apparent ne sont régis par aucun texte. Ils découlent de la jurisprudence et celle-ci n'a eu à valider que les *ventes* consenties par l'héritier apparent, sous la double condition de la bonne foi de l'acquéreur et de l'erreur commune. On peut hésiter à étendre cette solution aux *donations* qu'aurait pu faire l'héritier apparent, l'intérêt de l'acquéreur comme les nécessités du crédit qui la justifient normalement pour les aliénations onéreuses (22) étant beaucoup moins impérieux en cas d'aliénation à titre gratuit.

Mais l'exclusion de la règle *Genera non pereunt* peut se fonder, au cas de la pétition d'hérédité, sur le fait que l'héritier apparent ne doit rendre à l'héritier véritable que ce qu'il possède de la succession. L'étendue de sa possession fixe l'étendue de la restitution. Si une valeur successorale n'existe plus entre ses mains, il n'a plus à la rendre, sauf seulement sa responsabilité envers le demandeur s'il a dissipé cette valeur de mauvaise foi. Il est donc normal que l'héritier apparent de bonne foi soit libéré, s'il est établi qu'il a dissipé le prix de vente d'un effet héréditaire.

Ce point admis, il est normal que la preuve de la dissipation soit à sa charge, car les conditions de renversement de cette charge sont ici remplies. La présomption de non-dissipation du capital, l'impossibilité pour le demandeur de prouver le fait négatif de la non-dissipation, alors que c'est le défendeur lui-même qui a géré le patrimoine réclamé,

---

(20) Comp. *supra*, N°s 198 et 199.

(21) C'est cette comparaison avec les pouvoirs d'aliénation à titre gratuit du bien en nature qui justifie, en matière d'absence, la libération de l'envoyé définitif par la dissipation du prix ; cf. *supra*, N° 342.

(22) Comp. Planiol, III, N° 2060 ; Ripert et Boulanger, III, N° 2312.

commandent ici, comme dans le cas de l'article 132, le renversement de la charge de la preuve. Il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, mais on peut appuyer cette solution sur l'autorité traditionnelle de Pothier (23).

Si le renversement de la charge de la preuve peut ainsi être admis au cas de la pétition d'hérédité, où il n'existe pas de texte, aucune raison n'interdit son extension à des situations analogues, pourvu que les deux conditions justifiant cette solution (présomption de non-dissipation, possibilité pour le défendeur de prouver le contraire) soient satisfaites.

344. — c) *La revendication en matière de faillite, prévue par l'article 575, al. 2, du Code de commerce,* peut faire naître une telle situation.

Ce texte permet aux propriétaires de marchandises consignées au failli à titre de dépôt, de revendiquer contre la faillite non seulement les marchandises se retrouvant en nature, mais encore le prix desdites marchandises à condition qu'il n'ait été « payé ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur ». La jurisprudence étend ce texte à toutes les choses mobilières remises au failli et, d'autre part, n'arrête la revendication que si le prix de ces choses a été réglé au failli *avant* le dessaisissement de ce dernier (24). Le règlement entre les mains du syndic ou du liquidateur, en cas de liquidation judiciaire, n'interdit pas la revendication.

C'est justement à propos d'une espèce où était intervenu un tel règlement que la Cour de Cassation a eu à se prononcer. Un commerçant (une banque), avait reçu de ses clients des titres en dépôt, puis les avait remis en nantissement à la Banque de France pour sûreté d'une dette à lui personnelle envers cette dernière banque. Après ces opérations, ledit commerçant fut déclaré en liquidation judiciaire. Pendant la liquidation judiciaire, la Banque de France réalisa son gage, perçut le montant de sa créance et apura son compte avec le liquidateur. Les clients déposants, de leur côté, produisirent à la liquidation judiciaire, pour le montant intégral de leur créance des titres déposés et, en vertu d'un concordat, reçurent un dividende. Puis, après la transformation de

(23) Pothier, *Traité de la propriété,* N° 429. « Personne, écrit Pothier, ne devant être présumé dissiper les fonds d'un bien qu'il croit lui appartenir, le possesseur de bonne foi des biens d'une succession est censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de cette succession et qui en compose le fonds mobilier et en profiter encore au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse la preuve du contraire. »

(24) Cf. en ce sens Civ., 28 juillet 1941, Gaz. Pal., 16-17 janvier 1952 ; D.C. 1944-66, note Chéron ; comp. Ripert, *Droit commercial,* N° 2775.

la liquidation judiciaire en faillite, ils assignèrent le syndic pour obtenir, par préférence, sur la base de la revendication prévue par l'article 575 du Code de commerce, la différence entre ce qu'ils avaient reçu comme dividende et le montant total des effets déposés. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 28 juillet 1941 (25), a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Rouen, le 24 avril 1936, car il avait permis la revendication sans constater l'existence d'un solde restant dans la faillite après réalisation de son gage par la Banque de France. La règle de fond a été ainsi formellement posée par la Cour Suprême qui a précisé que « ce n'était que si la réalisation du gage par la Banque de France avait laissé un solde, que les revendiquants pouvaient, et seulement dans cette mesure, être remplis de tout ou partie de leurs droits par l'effet de la subrogation réelle ». Cette exigence d'un solde se ramène à reconnaître l'existence d'une contre-valeur comme condition de la subrogation réelle. Une telle condition est évidemment nécessaire, et la solution de la Cour de Cassation s'imposait quant au fond. Cette solution admettant la revendication sur le solde, dans la mesure où il existe, ne comporte pas, telle qu'elle est donnée, une subrogation sur des deniers. Le solde exigé par la Cour de Cassation n'est sans doute pas celui qui aurait pu ressortir du compte entre le liquidateur et la Banque de France avant tout règlement par celle-ci au liquidateur puisque l'arrêt, d'une part, constate que ce compte avait été apuré et, d'autre part, remarque que les règlements faisant obstacle à la revendication, aux termes de l'article 575, al. 2, du Code de commerce, sont uniquement ceux intervenus avant le dessaisissement. A moins de considérer ce dernier motif comme surabondant, il faut conclure que si la Banque de France était restée débitrice d'un solde non compensé, ce solde avait été réglé au liquidateur ou au syndic (25 bis). Mais on ne peut admettre pour autant que le solde réglé au syndic aurait été constitué par une simple somme d'argent.

---

(25) Arrêt précité.

(25 bis) A la vérité, ce motif semble avoir surtout pour but de rectifier la solution donnée par l'arrêt attaqué (Cour d'Appel de Rouen du 24 avril 1936) qui avait admis la revendication en se fondant sur le fait que le prix n'avait pas été réglé entre le failli et le *revendiquant*. La Cour de Cassation précise que l'article 575 du Code de com. vise les règlements entre le failli et l'*acheteur* auquel elle assimile le tiers gagiste réalisant le gage. Il reste que la Cour Suprême précise que le règlement doit être intervenu *avant* le *dessaisissement*, alors que l'article 575, al. 2, du Code de com., parle de règlement entre le *failli* (et non simplement le dépositaire) et l'acheteur. Ce motif précis perdrait son utilité s'il n'avait pour but de permettre la revendication, malgré un règlement postérieur au dessaisissement. Et cette distinction, selon le moment du règlement, est très fondée car, après le dessaisissement, c'est le liquidateur ou le

En effet, il faut tenir compte des règles de la faillite, qui imposent au liquidateur ou au syndic de déposer immédiatement les fonds qu'ils reçoivent à la Caisse des Dépôts et Consignations (article 489 du Code de commerce, article 6, al. 5, de la loi du 24 mars 1889). De sorte que le solde exigé par la Cour de Cassation pour justifier une revendication aurait dû se trouver normalement constitué par une créance contre la Caisse des Dépôts et Consignations. Il peut, toutefois, arriver que cette créance n'existe pas. Il suffit d'imaginer que le solde soit retiré par le syndic de la Caisse des Dépôts et Consignations, avec l'autorisation du juge commissaire, pour payer des dettes ou couvrir des frais déterminés (article 489, al. 2, du Code de commerce) et que, avant l'emploi de la somme à cette fin, la revendication intervienne (26). Malgré les termes généraux employés par l'arrêt de la Cour de Cassation du 28 juillet 1941, n'exigeant rien d'autre que l'existence d'un solde dans la masse de la faillite, on peut douter que la Cour Suprême aurait autorisé la revendication de ce solde dans une telle hypothèse où il cesserait d'être individualisé par une créance (27). Mais il est clair que si cette solution était admise, quant au fond, il serait normal de permettre au syndic de soustraire la masse à cette revendication par la preuve de l'emploi des fonds si celui-ci avait eu lieu.

Les raisons propres à justifier cette règle sur la base de l'article 132 du Code civil (28) se retrouvent ici. La présomption de non-dissipation à des fins autres que celles pour lesquelles le retrait des fonds a été autorisé est encore plus fondée à l'égard du syndic de faillite étroitement contrôlé,

---

syndic qui reçoit l'argent. Or, le syndic est très contrôlé et doit notamment déposer ce qu'il reçoit à la Caisse des Dépôts et Consignations de sorte que le solde continue à être individualisé par une créance (cf. texte). Remarquons, au moins, que le fait, pour l'arrêt attaqué, de n'avoir invoqué d'absence de règlement qu'entre le failli et le *revendiquant* laisse penser qu'entre la Banque de France et le failli aucun solde n'existait et qu'un règlement pouvait fort bien avoir été effectué. M. Ripert, enfin, paraît interpréter l'arrêt de 1941 dans le sens d'une admission de la revendication après règlement du tiers au syndic. Il déclare, en effet : (Droit commercial, N° 2775), « ...la Cour de Cassation a même admis que le déposant pouvait, en cas d'aliénation des objets par la masse, revendiquer, par voie de subrogation réelle, *le prix qui aurait été touché par elle.* », et l'auteur cite à l'appui l'arrêt du 28 juillet 1941.

(26) Il est vrai que l'hypothèse sera rarement réalisée en pratique, des délais assez brefs étant généralement impartis entre le retrait et l'emploi.

(27) Il faut, en tout cas, remarquer que la jurisprudence des juridictions inférieures est contraire à cette solution et exige l'individualisation des choses réclamées, cf. Trib. com., Toulouse, 20 mai 1936, Rev. Faillites, 1936, 620 ; Trib. com., Marseille, 19 mai 1938, Rev. Faillites, 1938, 639 ; cf. Ripert, *Droit commercial,* N° 2775.

(28) Cf. *supra,* N° 342.

qu'à l'égard d'un défendeur ayant agi pour son propre compte. Et c'est naturellement au syndic qu'il doit revenir de prouver l'emploi, autorisé ou non, qu'il a pu faire des fonds retirés.

345. — L'examen de différentes hypothèses où le renversement de la charge de la preuve pourrait fonctionner montre le caractère normal de ce renversement, dès lors que la revendication d'une valeur individualisée, bien qu'elle soit contenue dans une simple somme d'argent, est admise (29). Il est sûr, en effet, que la preuve de la dissipation de la valeur réclamée par le demandeur, quel que soit le contenant matériel de cette valeur, incombe toujours au défendeur. Mais ce point acquis, la charge de la preuve de *l'identité* de cette valeur varie naturellement selon les circonstances.

Lorsque le demandeur réclame un corps certain, il doit, dans sa demande, individualiser matériellement celui-ci. De sorte que la preuve de la dissipation de ce bien par le défendeur n'a pratiquement jamais à être administrée, puisque l'action suppose, par hypothèse, la présence du bien dans les mains du défendeur. Ce fait n'empêche pas que cette preuve, si elle avait à être administrée, incomberait théoriquement au défendeur, qui écarterait ainsi la revendication intentée contre lui. De sorte que, dans l'hypothèse de la revendication d'un corps certain, la preuve de l'individualisation du bien par son origine et par son identité accompagne normalement l'action du demandeur et incombe à celui-ci.

Lorsque le demandeur réclame la chose incorporelle que constitue la créance du prix, il doit encore prouver l'identité de cette créance en établissant qu'il s'agit bien du prix de la chose sur laquelle il avait initialement un droit. Mais, dans une telle hypothèse, la preuve par le défendeur de la disparition de la créance se conçoit selon la nature même des choses. Un bien incorporel ne se voit pas matériellement entre les mains d'une personne. Par suite, il est fort possible que le demandeur, après *avoir établi l'identité de cette créance* (c'est-à-dire la vente du bien initial), se voie rétorquer par le défendeur que cette créance n'existe plus, car elle est éteinte (notamment par le paiement du prix). La preuve de la dissipation revêt ici un rôle pratique. Mais elle ne comporte pas de preuve particulière de l'identité, ou plutôt cette dernière preuve ne fait que s'ajouter à celle déjà fournie par le demandeur. Celui-ci ayant déjà établi l'existence précise de la créance, le défendeur n'aura plus qu'à prouver son extinction sur les éléments d'individualisation déjà apportés par le demandeur.

---

(29) Pour cette admission, cf. *supra,* N[os] 308 et suivants, et *infra,* N[os] 403 et suivants.

C'est sur ce dernier point que la réclamation du prix *versé*, à supposer qu'elle soit admise dans les conditions que nous avons précisées (*supra*, N^os^ 311 et suiv.), diffère du précédent.

En ce cas, l'on ne peut exiger du demandeur qu'il individualise lui-même la valeur qu'il réclame (*supra*, N° 341). La preuve de cette individualisation va alors passer avec celle de la dissipation, qu'il appartient toujours, dans ce cas comme dans les autres, au défendeur d'administrer. C'est ce passage de la preuve de l'individualisation avec celle de la dissipation qui réalise le renversement de la charge de la preuve de la contre-valeur. Et ce renversement découle, naturellement, des circonstances de l'hypothèse envisagée. Comme pour les raisons que nous avons exposées, on ne peut mettre la preuve de l'individualisation à la charge du demandeur, lorsque le défendeur voudra écarter l'action dirigée contre lui en prouvant la dissipation, il sera normalement conduit à mettre en lumière les éléments d'individualisation que le demandeur n'aura pas encore établis.

Ainsi, le renversement du fardeau de la preuve de l'individualisation de la valeur s'insère dans le jeu normal des preuves que le demandeur et le défendeur ont respectivement à administrer.

Ce qui déroge au droit commun de la subrogation, dans l'action réelle, ce n'est pas le fait de mettre la preuve de la dissipation à la charge du défendeur, c'est de faire accompagner cette preuve de celle de l'individualisation. Ce renversement précis repose lui-même sur des considérations de fait, qui le rendent normal, compte tenu de la situation à propos de laquelle il intervient.

Les éléments caractéristiques de cette situation indiquent, du reste, la limite que l'on doit assigner à la solution.

§ 2. — Cas ne justifiant pas un renversement de la charge de la preuve

346. — Les développements précédents montrent que l'obligation pour le défendeur de prouver l'identité de la valeur, en même temps que sa dissipation, ne se conçoit pas lorsque le demandeur réclame un corps certain ou une chose incorporelle, tous deux individualisés par hypothèse même.

C'est alors le demandeur qui, dans son action, doit établir la provenance du bien, corporel ou non et, par là, l'individualisation de la valeur sur laquelle il prétend exercer

son droit. Le défendeur a seulement à prouver, éventuellement, la dissipation de la valeur ainsi préalablement individualisée.

Pour que le renversement de la charge de la preuve de cette individualisation se justifie, *il faut que l'action du demandeur suppose la réception d'un genre par le patrimoine au sein duquel l'individualisation doit être établie.*

Alors, le demandeur ne pouvant par hypothèse prouver cette individualisation et encore moins le fait négatif de non-dissipation du genre reçu, le défendeur se voit naturellement conduit, en prouvant le fait positif de dissipation, à établir que celle-ci portait sur la valeur même individualisée par le bien ancien, c'est-à-dire, en pratique, que c'est effectivement le prix de vente du bien ancien qui a été dissipé. Encore faut-il, pour que l'imputation de cette preuve d'identité à la charge du défendeur soit admissible, que les deux conditions qu'elle suppose soient satisfaites, c'est-à-dire : a) que, jusqu'à cette preuve, la présomption de non-dissipation soit raisonnable ; b) que le défendeur soit, par sa qualité même, habile à administrer la preuve. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, le renversement du fardeau de la preuve ne se justifie plus.

347. — a) Le respect de la première condition conduit, naturellement, à revenir au droit commun lorsque la somme d'argent touchée a été employée. L'emploi et le remploi d'un capital en numéraire touché par une personne ne sauraient se présumer davantage que la dissipation pure et simple de ce numéraire. Il faut maintenir, en ce cas, la présomption de non-dissipation de la somme d'argent entre les mains de celui qui l'a touchée (30) ; et c'est alors au demandeur de prouver que le bien qu'il réclame a été acquis en emploi de la somme touchée. On rejoint ainsi le droit commun de la preuve applicable aux réclamations des biens individualisés (*supra*, N° 346), ce qui est normal.

Il en est naturellement ainsi lorsque la demande vise le bien acquis en emploi ou en remploi. Si la demande visait, au contraire, la somme d'argent elle-même, ce serait au défendeur qu'il incomberait éventuellement de prouver l'emploi ou le remploi, qui ne sont que des sortes particulières de dissipation également susceptibles de faire échec à l'action du demandeur sur les deniers (31).

b) Le retour au droit commun peut, du reste, s'imposer même lorsque la demande vise une chose de genre. Si, en ce cas, la présomption de non-dissipation est justifiée, il peut

(30) Pour les raisons que nous avons déjà données, *supra*, N° 341.

(31) A supposer toujours admise l'exclusion de la règle *genera non pereunt*, cf. *supra*, N°s 311 et suivants et 341.

parfaitement arriver que le défendeur ne soit pas plus qualifié pour prouver l'identité de la valeur dissipée que le demandeur ne l'est pour prouver celle de la valeur qu'il réclame. C'est ce qui arrive lorsque ce n'est pas le défendeur, au procès, qui a reçu et dissipé la somme d'argent. Il se trouve alors étranger à la gestion du patrimoine dans lequel est entrée cette somme et il peut se trouver aussi empêché de prouver qu'elle en est sortie, que le demandeur l'est d'établir qu'elle s'y trouve encore. Aucune raison ne commande alors de préférer un plaideur à l'autre.

Maintenir, en ce cas, la présomption de non-dissipation, alors que le défendeur se trouve nécessairement dans l'impossibilité d'administrer la preuve contraire, reviendrait pratiquement à attribuer une force irréfragable à cette présomption, solution qui serait contraire à l'esprit des règles générales gouvernant les présomptions (article 1352 du Code civil).

Il convient donc, en une telle hypothèse, d'en revenir au droit commun.

Mais le choix s'ouvre alors entre deux droits communs, l'un concernant le fond, l'autre la preuve. On peut d'abord songer à appliquer le droit commun des créances de genre et admettre purement et simplement la règle *Genera non pereunt*. Cette solution revient à abandonner, quant au fond, toute idée de subrogation réelle (32). On peut être tenté de s'y résigner, ce qui allégera le fardeau de la preuve du demandeur, fera échapper celui-ci à tout risque d'insuccès venant d'une dissipation quelconque de la valeur par le défendeur, mais le privera de tout droit de préférence à l'encontre des créanciers du défendeur. Sur tous ces points, la solution peut paraître la plus conforme aux conceptions techniques traditionnelles. Mais la perte du droit de préférence par le demandeur, en soi regrettable, devient particulièrement choquante dans certains cas ; c'est ce qui apparaît, par exemple, dans l'exercice des droits de retour successoraux prévus par les articles 357, 747 ou 766 du Code civil. Si, avec la jurisprudence (33), on admet que ces droits ne se limitent pas à la créance du prix des biens soumis au droit de retour et s'étendent au prix, même versé au *de cujus*, il peut paraître choquant de faire du successeur anomal un simple créancier des autres héritiers obligé de concourir sur la valeur successorale avec les créanciers personnels de ces héritiers. Si le successeur anomal est l'ascendant donateur (article 747 du Code civil), ce concours sur une valeur, qu'il a lui-même donnée, frise le paradoxe, le fait que la loi lui donne droit

(32) Cf. *supra*, N°s 312 et 313.
(33) Cf. *infra*, N°s 441 et suivants et 596.

à cette valeur, une fois admis. Le successeur anomal est un héritier (34), et un héritier succède essentiellement à titre de propriétaire. Aussi, si on lui reconnaît un droit de succession sur le prix de vente même versé au défunt, il semble normal de lui permettre de reprendre ce prix en propriétaire (35). Mais cette solution, qui est celle de la subrogation réelle, conduit à subordonner la reprise à l'individualisation de la valeur réclamée.

Abandonnant alors, quant au fond, le droit commun des créanciers de genre, la question se pose de savoir qui va devoir prouver l'individualisation de la valeur. Peut-on permettre au successeur anomal de prélever dans la succession une somme égale au montant de la donation ou au prix du bien donné, en laissant aux autres héritiers le soin de s'y opposer par la preuve que cette somme a été dissipée. Doit-on, au contraire, exiger du successeur anomal la preuve que la somme qu'il prétend reprendre est demeurée dans le patrimoine du défunt, ce qui serait conforme au droit commun de la preuve : *actori incumbit probatio.*

Le cas des successions anomales semble imposer l'adoption de ce droit commun. Les défendeurs sont, ici, les héritiers du défunt. Ce ne sont pas eux qui ont reçu la somme d'argent et qui l'ont, éventuellement, dissipée. Or, comme ils ne sont guère plus que le successeur anomal au courant des opérations que le défunt a conclues en toute indépendance, il n'y a aucune raison de mettre la preuve de l'individualisation de la valeur à leur charge. Présumer que cette valeur est demeurée dans le patrimoine du défunt serait créer une présomption irréfragable. Mieux vaut alors laisser la preuve à la charge du demandeur, sauf à rejeter son action s'il succombe. Le Cour de Cassation, dans un arrêt du 30 juin 1817 (36), avait adopté la solution contraire en permettant à l'ascendant donateur d'une somme d'argent (37) de prélever sur la succession une somme égale à la valeur donnée, sans autre preuve que celle de la donation. Il fallait déduire de cet arrêt que les cohéritiers auraient eu à prouver la dissipation de cet argent par le donataire, de son vivant, pour écarter l'action du donateur. Un tel système, aussi contraire au droit commun, ne trouvait pas, dans l'article 747, al. 2, un appui analogue à celui offert par l'article 132 du Code civil en matière d'absence. L'article 747, al. 2, limite, en effet, l'action de l'ascendant donateur au prix *en-*

(34) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 1766 et 1768.

(35) Cf. implicitement en ce sens C. Civ., 30 juin 1817, S. 1817. 1. 313.

(36) Précité.

(37) La solution doit normalement s'appliquer au prix de vente du bien donné.

core dù. Cette limitation, inspirée par des raisons probatoires, traduit simplement le souci du législateur de subordonner l'action de l'ascendant à l'absence de confusion entre les valeurs données et le reste de la succession (38). La loi entend donc bien faire de la preuve de l'individualisation de la valeur réclamée la condition du succès de la demande. Il paraît, par suite, difficile de dispenser le demandeur de cette preuve. L'article 747, al. 2 appuie donc, sur le plan textuel, un retour au droit commun, déjà justifié par la qualité des défendeurs. Aussi, la solution à laquelle s'était rangée la Cour de Cassation, en 1817, n'a-t-elle pas été suivie par la jurisprudence ultérieure. La Cour d'Appel de Lyon, par les motifs de son arrêt du 24 août 1871 (39), a remis la preuve de l'individualisation à la charge du demandeur. La Cour de Montpellier, le 20 février 1893 (40), et le Tribunal civil de Lyon, le 8 avril 1895 (41), ont suivi dans cette voie en déboutant le successeur anomal, ne parvenant pas à établir que les valeurs réclamées représentaient effectivement les biens donnés.

La solution est rigoureuse pour le successeur anomal qui, en pratique, ne pourra presque jamais exercer son droit de retour sur des genres. Mais cette rigueur vient de la rédaction des articles 357, 747 et 766 du Code civil. Elle est voulue par le législateur, qui aurait pu s'exprimer comme dans l'article 132. Peut-être la situation difficile des défendeurs au droit de retour a-t-elle inspiré la différence de rédaction. Il est clair, en tout cas, qu'une solution analogue à celle de l'article 132, appliquée aux successions anomales, serait aussi rigoureuse pour les défendeurs que la solution contraire l'est pour le demandeur, mais ne trouverait l'appui ni de la raison, ni des principes, ni des textes.

348. — Le renversement de la charge de la preuve de la contre-valeur ne paraît donc admissible que dans une série bien déterminée d'hypothèses supposant la subrogation réelle appliquée à un genre. Nous avons déjà fait ressortir le caractère exceptionnel et, de toute façon, discutable d'une telle

---

(38) Cf. *infra*, N°s 444 et suivants.

(39) S. 1872. 2. 121. « Attendu, dit cet arrêt, qu'il suffit, *pour rendre l'action en retour recevable*, qu'il soit établi... que les valeurs trouvées dans la succession ont pour origine certaine, évidente, incontestable, les deniers ou valeurs objets de la donation. » Cette preuve ainsi exigée ne peut évidemment émaner que du demandeur. En ce sens, cf. Henry, thèse, p. 360. Rappelons que cet arrêt, qui fonde sa solution sur l'article 747, al. 2, ne consacre pas la subrogation réelle (cf. *supra*, N° 325).

(40) Monit. Jud. du Midi, 1893, p. 90, cité par M. Henry, thèse, p. 361.

(41) Pandectes franç., 1896. 2. 225.

subrogation (42). Cette exception admise au fond, le renversement ne se justifie que par une présomption *fondée* de non-dissipation du genre et par la possibilité *réelle*, pour le défendeur, de prouver la dissipation. Cette dernière condition exclut le renversement de la preuve lorsque ce n'est pas le défendeur, au procès, qui a reçu et, éventuellement dissipé le genre. Tel est le cas des défendeurs à un droit de retour légal. Mais il faut aller plus loin. Même lorsque le défendeur a lui-même reçu et, éventuellement dissipé le genre, il peut se trouver absolument empêché de prouver cette dissipation, même si elle a eu effectivement lieu. Le renversement de la preuve, là encore, n'est plus justifié. Mais cette dernière hypothèse ne peut ressortir qu'avec l'étude de l'administration de la preuve à laquelle elle est étroitement liée (43).

SECTION II

ADMINISTRATION DE LA PREUVE

349. — L'absence d'une théorie générale de la subrogation réelle marque notablement l'administration de la preuve de la contre-valeur. Aucun mode approprié de preuve de la provenance, généralement applicable à tous les cas de subrogation réelle, n'a été prévu par le législateur. Le seul principe général qui se dégage est donc la soumission de cette preuve au droit commun.

La subrogation réelle lui est subordonnée sur ce point, comme sur celui de sa réalisation au fond (44).

Pour mesurer le degré de cette subordination et en suivre l'application, il convient de rechercher l'objet exact de la preuve. Dès l'abord, il est possible de décomposer théoriquement cet objet en deux éléments. Pour prouver que tel bien provient de tel autre, le demandeur doit d'abord établir qu'un bien déterminé a pour origine le bien ancien et, ensuite, que le bien sur lequel la subrogation réelle est invoquée est effectivement celui dont l'origine vient d'être démontrée. Ainsi analysée, la preuve de la provenance porte

(42) Cf. *supra*, N^{os} 308 et suivants.
(43) Cf. *infra*, N^{os} 403 et suivants.
(44) Cf. *infra*, N^{os} 559 et suivants.

sur *l'origine* proprement dite de tel ou tel bien, et sur *l'identité* entre le bien réclamé et le bien provenu de l'ancien.

Il est vrai que la preuve de l'identité ne soulève souvent aucune difficulté particulière et qu'elle est administrée en même temps que celle de l'origine, dont elle découle automatiquement. En prouvant l'origine du bien nouveau, le demandeur individualise du même coup ce dernier, et il n'est plus difficile de le reconnaître. Mais si le bien nouveau n'est pas, par sa nature, individualisé (si c'est un genre), la preuve de son identité pose les problèmes les plus délicats, justifiant une attention particulière. Sur le plan plus théorique et plus général, l'étude spéciale des questions d'identité s'impose, car l'identité est toujours un simple fait et est soumise au principe général de la preuve des faits, laquelle s'administre par tous moyens (45). On ne peut appliquer une règle aussi générale à la preuve de l'origine proprement dite. Cette origine est plus complexe, car elle résulte à la fois d'actes juridiques et de simples faits.

Pour ces raisons rationnelles, pratiques et techniques, il convient donc d'étudier séparément, dans l'ordre où elles s'administrent en réalité, la preuve de l'origine et la preuve de l'identité entre la valeur réclamée et celle provenue de l'ancienne.

SOUS-SECTION I

PREUVE DE L'ORIGINE

350. — La preuve de l'origine du bien nouveau porte d'abord pratiquement, en toute hypothèse, sur des *actes juridiques*. Si le demandeur veut établir que telle créance provient de tel bien, il doit prouver la vente de ce bien. S'il invoque la subrogation sur tel bien acquis en échange de tel autre, il doit prouver cet échange. Si, enfin, la demande se fonde sur le fait que le bien réclamé a été acquis en remploi de tel bien ancien, le demandeur doit prouver la vente de ce bien ancien, puis l'achat du bien nouveau, etc...

Mais ce dernier exemple révèle un élément supplémentaire à prouver pour établir l'origine du bien réclamé. Dans le cas du remploi, il ne suffit pas de prouver une vente et

(45) Cf. Planiol, II, N° 6.

un achat pour démontrer que le bien acheté provient du bien vendu. Il faut encore établir que le bien acheté l'a été avec les deniers procurés par la vente. Autrement dit, il faut prouver l'existence d'un *lien entre les actes juridiques*. Dans un telle hypothèse, la preuve de l'origine a donc un objet complexe.

L'importance de la distinction entre ces deux éléments de la preuve de l'origine apparaît clairement sur le plan technique. La preuve des actes juridiques doit, selon les principes du droit commun, s'administrer par écrit, tout au moins au-dessus de 5.000 francs (article 1341 du Code civil). Au contraire, le lien entre les actes juridiques d'où résulte l'origine du bien acquis en remploi, est un simple fait soumis, en principe, à la preuve par tous moyens (46).

351. — La dualité des régimes juridiques applicables à ces deux séries de preuves justifie la distinction souvent faite entre la subrogation dite au premier et au second degré (47). Bonnecase rejette cette distinction en faisant remarquer qu'elle repose sur une simple question de fait (48).

Cette remarque est certainement plus juste que la conclusion qu'en tire Bonnecase. Les difficultés de fait rencontrées pour prouver la filière de la valeur à travers des opérations multiples n'a pas manqué de provoquer envers la subrogation au second degré une hostilité qui a réagi sur l'admission de celle-ci et, par conséquent, sur le fond (49). Et, à s'en tenir sur le terrain des faits, les différences de fait signalées par Bonnecase sont plus précisément des différences de preuve. Or, celles-ci ne sont pas négligeables dans une théorie d'ensemble de la subrogation réelle.

Dans la subrogation dite au premier degré, la preuve de la provenance est facilitée par la nature des choses. La contre-valeur résulte d'une opération qui s'accomplit en un trait de temps par le moyen d'un acte juridique dont la preuve offre de réelles garanties. La simple preuve de cet acte juridique suffit à établir automatiquement l'origine du bien nouveau. Ainsi, un acte comme la vente indique, sans aucun doute, que la créance du prix provient du bien vendu. De même, l'échange, dans son unité, fait foi de l'origine du bien acquis par rapport au bien échangé. De même encore, le jugement qui alloue une indemnité pour destruction d'un bien établit, par cette précision même, que la créance d'indemnité provient du bien détruit. Par suite, la preuve de la

---

(46) *Ibid.*

(47) Cf. Capitant, Rev. trimestr., 1919, pp. 385 et suivantes, conclusion et *supra*, N° 42.

(48) Cf. *supra*, N° 50, 7°.

(49) Cf. *infra*, N° 357.

provenance, dans la subrogation au premier degré, se ramène uniquement à la preuve d'actes juridiques. Aussi le droit positif s'abstient-il de prendre à l'égard d'une telle preuve, par elle-même bien réglementée, des précautions spéciales à la subrogation réelle. Sous le régime matrimonial de la communauté, par exemple, la subrogation réelle assure la conservation des propres en nature (50). Tant qu'elle ne s'accomplit qu'au premier degré, la loi n'impose aucune formalité pour établir spécialement l'origine du bien subrogé. Tel est le cas de l'article 1407 du Code civil relatif à l'échange de l'immeuble propre. Tout le monde est d'accord pour étendre cette disposition à toute subrogation au premier degré, c'est-à-dire à l'échange mobilier ainsi qu'à la créance du prix de vente, ou la créance d'indemnité (51). Mais jamais les auteurs ou les tribunaux n'ont exigé l'accomplissement d'une formalité spéciale pour établir la provenance. C'est, notamment, ce qu'a admis la Cour de Cassation, dans un arrêt du 18 décembre 1935 (52), en déclarant propres, sans qu'aucune formalité particulière doive être respectée, des actions d'apport remises par une société en échange d'un apport à cette société de valeurs propres. Cette opération, par elle-même, ne pouvait laisser aucun doute sur l'origine des actions. La Cour de Cassation semble s'être guidée sur le fait que l'opération s'était accomplie en un trait de temps par un acte juridique s'analysant en un échange. Il est clair que la qualification particulière de l'acte juridique n'est pas la considération décisive de la solution. Toute opération s'exprimant dans un acte juridique quelconque et s'accomplissant en un trait de temps appelle, logiquement, la même solution. C'est pourquoi la preuve des actes juridiques suffit, dans la subrogation au premier degré, pour démontrer l'origine du bien nouveau.

Dans la subrogation dite au second degré, dont le type est le remploi (53), au contraire, cette preuve ne peut suffire. Le remploi suppose deux actes différents, sans rapport nécessaire et obstensible entre eux, et qui ont été passés à des dates parfois éloignées. Or, chaque acte, pris en lui-même, est inapte à établir le lien de provenance entre le bien aliéné et le bien acquis. Le premier acte, la vente, établit qu'une

---

(50) Cf. *infra*, N° 675.
(51) Cf. *infra*, N° 681.
(52) D.H. 1936. 33.
(53) Nous avons déjà remarqué (*supra*, N° 71) que le remploi réalisait, en réalité, un troisième temps de fluctuation, le second étant constitué par le versement du prix du bien vendu. Ce versement représente un stade distinct, dont l'importance nous apparaît d'autant mieux maintenant que nous avons pu mesurer les problèmes particuliers soulevés par la subrogation sur des deniers (cf. *supra*, N°s 308 et suivants, 341 et suivants).

certaine somme provient de l'aliénation d'un bien déterminé. Mais il est muet sur l'emploi éventuel de ces deniers. Le second acte, l'achat, n'implique pas, de son côté, que le bien nouveau a été acquis avec l'argent procuré par la vente. Le lien entre les deux biens, à supposer qu'il existe, n'est plus, ici, extériorisé par les actes juridiques. Il suppose un lien entre les actes eux-mêmes. Et ce lien doit être recherché spécialement. Cette preuve particulière obéit à un régime différent de celle des actes. Si elle peut être, en principe, administrée par tous moyens, puisqu'elle concerne un simple fait, il arrive que le législateur prenne, dans certains cas, des précautions particulières. La subrogation réelle se forge alors ses propres règles de sécurité et ne se contente plus de les emprunter au droit commun. Et il est normal qu'un tel régime fasse l'objet d'une étude distincte.

La distinction entre les subrogations dites au premier et au second degré repose donc sur des différences de fait et de droit fort importantes. La subrogation au premier degré, en n'exigeant que la preuve d'actes juridiques, se différencie de façon caractéristique de la subrogation au second degré, qui suppose la preuve d'un lien de fait entre les actes. Une telle différence méritait d'être relevée. Elle ne peut, pourtant, pas fournir la distinction de base d'une étude de la preuve. En effet, si la preuve du lien entre les actes ne doit être administrée que dans la subrogation au second degré, celle des actes juridiques est nécessaire en toute hypothèse. De sorte que l'administration de la preuve, envisagée sur un plan général, dépend normalement et simplement de son objet. C'est pourquoi nous étudierons successivement la preuve des actes juridiques et celle du lien entre ces actes.

§ 1^er^. — Preuve des actes juridiques

I. — PRINCIPE

352. — La preuve des actes juridiques dont peut découler l'origine du bien nouveau est, en principe, soumise au droit commun. Rien ne justifierait, sur ce point, une émancipation de la subrogation réelle revêtant une portée générale. Aucune disposition ne prévoit un régime de preuve propre à tous les cas de subrogation réelle.

Ce principe est, du reste, parfaitement viable. Le droit commun de la preuve des actes juridiques offre, par lui-même, de sérieuses garanties. Aucune raison générale ne commande de les accroître ou de les diminuer lorsque cette preuve est utilisée dans la subrogation réelle. Il est normal

que le demandeur, voulant prouver les actes juridiques qui attestent l'origine du bien nouveau, soit astreint au respect des modes de preuve habituels pour de tels actes.

Dans l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente, le demandeur ayant à prouver des contrats civils (ventes, achats, échanges, etc...) est soumis aux règles posées par les articles 1341 et suivants du Code civil qui exigent, en principe, la preuve préconstituée par écrit pour toute valeur excédant 5.000 francs. En matière commerciale, la liberté de la preuve recouvre son empire (article 109 du Code de commerce). L'acte à prouver peut, enfin, être un jugement condamnant, par exemple, au versement d'une indemnité pour destruction d'un bien ; le demandeur, invoquant la subrogation réelle, prouvera l'existence d'un tel jugement selon le droit commun en produisant une expédition. Nous ne pouvons que renvoyer à toutes ces règles générales ; le principe de la soumission de la preuve à des règles par elles-mêmes étrangères à la subrogation réelle est plus intéressant dans certaines de ses applications particulières, où un régime de preuve spécial ayant été établi, celui-ci réagit directement sur la preuve de la contre-valeur.

II. — APPLICATIONS

353. — Il n'existe pas de régime général de preuve de la contre-valeur propre à la subrogation réelle. Cette preuve obéit donc à des règles étrangères à la subrogation. Mais si ces règles sont, le plus souvent, celles du droit commun de la preuve, il peut arriver que ce soient celles établies pour une institution déterminée. La preuve de la contre-valeur est alors soumise à des règles institutionnelles (54), qui expriment le droit commun en ce sens qu'elles ne visent pas spécialement la subrogation réelle. Ainsi, par exemple, les ventes de fonds de commerce (loi du 29 juin 1935, article 39) ou celles de titres en Bourse (55), se prouvent selon des règles particulières éventuellement applicables à la subrogation. Dans cet ordre d'idées, la matière des reprises matrimoniales fournit des exemples intéressants de réaction des règles institutionnelles sur la preuve de la contre-valeur.

354. — L'exercice par les époux des reprises en nature de leurs propres, sous le régime de communauté, peut faire appel à la subrogation réelle. Un bien propre peut avoir été

---

(54) Nous touchons ici à un aspect de la subordination institutionnelle de la subrogation réelle qui joue un rôle important dans son fonctionnement. Cf. *infra*, N°s 624 et suivants, 645, 666 et suivants.

(55) Qui exigent l'inscription sur un répertoire et la délivrance d'un bordereau (cf. Ripert, *Droit commercial*, N° 322).

échangé ou vendu et le prix de vente remployé en un autre bien que l'époux réclame à titre de propre. Une telle reprise suppose la preuve de la provenance de ce bien, c'est-à-dire des actes juridiques d'échange, de vente, d'achat et, éventuellement, du lien de fait entre ces actes (56). L'administration de cette preuve est soumise à un régime d'ensemble applicable à toutes les reprises et établi par les articles 1499 et 1504 du Code civil ; la preuve de la contre-valeur s'insère, ici, dans des règles qui ne se conforment pas toujours au droit commun de la preuve. Il est intéressant de mesurer l'incidence de ces dérogations sur la subrogation réelle.

a) A la vérité, les dérogations n'existent pas en matière immobilière. Si l'époux prétend reprendre un immeuble acquis en échange ou en remploi d'un propre, il doit prouver une telle acquisition par écrit. Et il ne peut rencontrer de difficulté dans cette preuve en raison de la rédaction des *titres* comportant même les origines de propriété (57). C'est en matière mobilière que des règles exceptionnelles apparaissent.

b) Encore faut-il remarquer que la preuve des reprises mobilières est soumise, en principe, au droit commun lorsqu'elle s'administre à l'égard des tiers (article 1499, al. 1er, du Code civil). Il n'y a pas de doute que la preuve par écrit, conformément à l'article 1341 du Code civil, s'applique ici, quelque conception que l'on ait du « droit commun » prévu par l'article 1499 (58), s'il s'agit d'un meuble acquis en échange d'un propre. La mise en possession de bonne foi, encore qu'on puisse estimer qu'elle représente le droit commun de l'acquisition de la propriété mobilière, ne saurait être ici d'aucun secours. A supposer qu'on l'admette malgré les critiques qu'on lui a adressées (59), elle ne pourrait prouver que l'acquisition a été faite à titre de propre. Pour démontrer que le meuble réclamé est propre, le demandeur à la reprise doit établir précisément qu'il a été acquis en échange d'un propre. La preuve de l'acte d'échange est inéluctable. Et, à cet égard, l'article 1499, al. 1er, ne peut être interprété que dans le sens d'un renvoi au droit commun de la preuve des actes juridiques (60). Ce droit commun est exprimé par l'article 1341 du Code civil, qui exige la preuve par écrit si

(56) Sur ce dernier point, cf. *infra*, Nos 357 et suivants.

(57) Comp. Ripert et Boulanger, III, N° 867.

(58) Droit commun de la preuve des droits ou droit commun de la preuve sous le régime de communauté, comp. Planiol, III, N° 1250, 5°, et Ripert et Boulanger, III, Nos 899 et suivants.

(59) Cf. la critique adressée à la conception voyant dans l'art. 1499, al. 1er, une référence au système des preuves de la revendication mobilière, par Ripert et Boulanger, III, N° 880.

(60) Cf. militant en ce sens les solutions générales proposées par Ripert et Boulanger, III, N° 882.

la valeur du meuble excède 5.000 francs. Mais cette dernière réserve ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'un meuble acquis en remploi d'un propre. En ce cas, la preuve du lien entre l'achat et la vente est soumise, à l'égard des tiers, aux articles 1434 et 1435 du Code civil qui supposent, dans l'interprétation admise, la rédaction d'un acte d'acquisition (61) sans distinguer selon le montant de celle-ci ; les articles 1434 et 1435, par une notable réaction de la preuve du lien entre les actes sur celle de ceux-ci, conduisent donc, même pour la preuve de l'acte juridique d'acquisition, à un régime plus strict que celui du droit commun.

c) C'est lorsque la preuve de la contre-valeur mobilière s'administre entre époux qu'elle s'écarte le plus franchement du droit commun. D'autre part, l'article 1434, selon la jurisprudence récente, ne s'applique pas entre époux (62). D'autre part, l'exigence d'un inventaire dressé par le mari, posée par l'article 1504 du Code civil, s'applique à la contre-valeur comme à toute acquisition mobilière. Et la sanction du défaut d'inventaire est la même que pour les autres espèces de reprise en nature. Le mari doit, pour reprendre le meuble subrogé, prouver par écrit l'acquisition à titre de propre, quel que soit son montant (article 1504, al. 2). La femme, au contraire, reçoit de l'article 1504, al. 3, la possibilité de faire sa preuve par tous moyens et même par la commune renommée. L'importante faveur ainsi faite à la femme s'explique par l'impossibilité dans laquelle la femme se trouve d'obtenir un titre de son mari (63). C'est le mari, qui a omis de faire inventaire, qui en pâtit. La dérogation au droit commun ne concerne, du reste, que le défaut d'inventaire. La jurisprudence admet que si celui-ci a été dressé, le droit commun recouvre son empire au profit du moins de la femme, laquelle conserve la faculté d'invoquer les règles de preuve ordinaires et, notamment, de prouver par présomptions contre et outre le contenu de l'inventaire, s'il existe, un commencement de preuve par écrit émané du mari (64).

355. — Sous le régime dotal, la preuve de la contre-valeur dotale, par la femme exerçant ses reprises, semble devoir obéir assez curieusement à des règles plus proches du droit commun des preuves que ne le sont les règles habituellement admises pour la preuve des reprises.

Lorsque la femme doit prouver que le mari a reçu la dot d'un tiers (cas qui correspond à la réception de la contre-valeur subrogée à un bien dotal), il est généralement admis

(61) Cf. *infra*, N° 358 texte et note (80).
(62) Cf. *infra*, N°s 374 et suivants.
(63) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 874.
(64) Req., 20 juin 1883, D. 1884. 1. 290.

qu'elle peut administrer sa preuve soit par témoins, soit par présomptions. Cette règle s'explique, ici encore, par le fait que la femme étrangère, sinon à la constitution de la dot, du moins à la réception, n'a pu exiger un titre du mari (65). Or, il faut remarquer qu'une telle justification, qui relève du droit commun (article 1348) auquel cette matière reste soumise en principe (66), vaut assez rarement lorsque le mari reçoit un bien dotal par subrogation réelle. Il convient, pour s'en rendre compte, de distinguer selon les opérations et la nature des biens.

Si la fluctuation de la dot s'est accomplie par l'échange d'un meuble dotal, la justification générale est valable. L'aliénation des meubles dotaux par le mari agissant seul est, en effet, admise largement (article 1551, al. 2, du Code civil) (67). La femme est donc tenue à l'écart de l'échange mobilier et il peut paraître normal de lui permettre de le prouver par témoins ou par présomptions dans toute la mesure où, dans de telles circonstances, la femme peut se trouver dans l'impossibilité de se procurer un titre écrit (article 1348). Mais lorsque c'est l'immeuble dotal qui a été échangé, l'extranéité de la femme à l'opération est, en principe, écartée. L'aliénation d'un immeuble dotal restant la propriété de la femme exige le consentement de celle-ci aussi bien que celui du mari. L'article 1559 du Code civil reconnaît expressément la nécessité de ce consentement (68). On ne voit plus, dans ces conditions, la raison de la soustraire, si elle veut ensuite prouver cet échange, au droit commun de la preuve des actes juridiques. Il est vrai qu'en cas de nécessité, soit pour la conservation de la dot, soit pour le paiement des dettes de la femme, le mari peut se faire autoriser, par justice, à aliéner sans le consentement de sa femme (69). Mais il faut remarquer qu'une telle nécessité se fait plus sentir pour la vente que pour l'échange. Et, de toute façon, pour prouver l'échange intervenu dans de telles conditions, la femme disposerait toujours du jugement d'autorisation.

Lorsqu'il s'agit du remploi d'un bien dotal, la preuve de la réception par le mari du bien de remploi se trouve commandée par l'application au régime dotal des articles 1434 et 1435 à l'égard des tiers (70). Le jeu de ces articles supposant la rédaction d'un acte d'acquisition, la preuve de celui-ci ne peut se faire que par écrit. On note ici la réaction

(65) V. en ce sens Planiol, III, N° 1644 ; Ripert et Boulanger, III, 1449 ; Planiol et Ripert, IX, par Nast, N° 1244.
(66) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*
(67) Cf. *supra,* N° 132.
(68) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1316 ;
(69) *Ibid.*
(70) Cf. *infra,* N° 394.

que nous avons déjà relevée sous le régime de communauté, de la preuve du lien de fait entre les actes juridiques sur la preuve de ces actes eux-mêmes (71). Et, si la reprise s'exerce simplement à l'encontre du mari, il suffit que la femme prouve que l'acquisition a été faite pour son compte. Cette preuve est soumise au droit commun, preuve par écrit au-dessus de 5.000 francs (article 1341), sauf impossibilité pour la femme de se procurer un titre (article 1348) (72).

De sorte que la femme invoquant la subrogation réelle dans l'exercice de ses reprises dotales est, le plus souvent, astreinte à prouver la réception de la dot par écrit, malgré la dispense fréquente de cette exigence en matière de reprises. Les circonstances particulières de la subrogation réelle conduisent naturellement à cette solution.

356. — On voit, par ces quelques exemples, que le principe général de soumission de la preuve des actes juridiques au droit commun peut conduire à des solutions positives fort diverses. Les circonstances mêmes dans lesquelles la subrogation réelle est appelée à jouer par hypothèse conduisent, logiquement, à appliquer tantôt le droit commun de la preuve des actes, tantôt un droit commun plus étroitement institutionnel (comme nous venons de le vérifier, par exemple, pour le régime de communauté et pour le régime dotal). La diversité de ces solutions s'explique par les situations propres à chaque cas particulier d'application d'un principe général qui demeure identique. Il faut seulement réserver, à l'égard de ce principe général, la réaction, en cas de remploi, des articles 1434 et 1435 du Code civil sur la preuve des actes juridiques. Il est vrai que les règles édictées par ces textes sont spéciales à la subrogation réelle (73). Mais elles concernent directement la preuve du lien entre les actes et non celle de ces actes eux-mêmes, sur laquelle elle se borne à réagir.

Elles constituent, du reste, une originalité très importante de la preuve du lien de fait entre les actes. Il nous faut examiner maintenant cette dernière preuve dans son ensemble.

§ 2. — Preuve du lien entre les actes

357. — Cette preuve particulière doit être administrée en cas de remploi. Nous avons déjà esquissé la position générale du problème de preuve soulevé par une telle opé-

(71) Cf. *supra*, N° 354, b).
(72) Cf. *infra*, N° 394.
(73) Cf. *supra*, N° 350.

ration. Il est généralement facile de prouver la vente, la réception du prix et l'acquisition. Mais aucun de ces actes n'implique que l'achat a été réalisé au moyen des deniers précisément provenus de la vente. Le lien entre les biens ancien et nouveau n'est plus ici, comme dans la subrogation au premier degré (74), automatiquement extériorisé par les actes juridiques. Il découle d'un lien établi entre ces actes eux-mêmes, et qu'il faut rechercher spécialement.

Le principe qui gouverne cette preuve ne saurait faire de doute. L'origine des deniers ayant effectivment servi à l'achat est un simple fait. Elle peut donc être prouvée par tout moyen. Le demandeur doit être admis à produire toutes justifications, y compris éventuellement les témoignages et les présomptions, propres à convaincre le juge que ce sont bien les deniers procurés par la vente qui ont finalement été utilisés à acquérir le bien de remploi (75). Mais la facilité accordée ainsi au demandeur n'est qu'apparente en raison de l'objet même qu'il doit fournir. Le plus souvent, l'emploi ou le remploi du prix de vente versé au vendeur échappe pratiquement à toute vérification directe. Cette vérification est, évidemment, d'autant plus difficile que les opérations se succèdent plus nombreuses. Elle devient même assez vite impossible, pour peu que ces opérations soient complexes. De telles recherches supposent, de plus, des immixtions dans les affaires des particuliers et, lorsque la preuve doit être administrée par des tiers, ces immixtions peuvent paraître regrettables.

Les difficultés et les inconvénients de cette preuve sont tels qu'ils ont, depuis longtemps, déterminé, contre la subrogation dite au second degré, une hostilité remarquable. Il ne faut pas chercher ailleurs la raison de la solution radicale que préconisait, par exemple, Pothier lorsqu'il refusait, dans les propres de succession, toute subrogation au second degré et au delà (76). Cette défaveur n'a pas disparu en droit

---

(74) Cf. *supra*, N° 351.

(75) Cf. comme ayant admis le droit commun de la preuve : Req., 10 janvier 1923, S. 1924. 1. 341 : cet arrêt, après avoir relevé qu'une congrégation avait été autorisée par le Gouvernement à aliéner des titres de rente sous la condition expresse de remployer le prix de vente à l'acquisition d'un immeuble, admet simplement « qu'il est justifié que cette condition a été remplie » ; cette justification résultait, en réalité, d'un rapprochement de date entre les actes de vente et de rachat : Dijon, 30 juin 1893, S. 1894. 2. 185 : cet arrêt ne procède à aucune constatation particulière sur l'origine, mais admet celle-ci comme étant « hors de doute » ; Trib. Civ., Seine, 20 décembre 1909, D. 1910. 2. 281, et Trib. Civ., Toulouse, 19 décembre 1912, D. 1915. 2. 41 ; ces deux derniers jugements sont relatifs à la preuve de l'origine des biens réservés de la femme, cf. *infra*, N° 399 *in fine*.

(76) Pothier, *Traité des propres*, section II, « Il faut, disait cet auteur, que la chose, où l'on veut faire passer la qualité d'une autre,

moderne. Mais celui-ci est beaucoup moins strict et, surtout, fort peu homogène. S'il lui arrive, comme dans le cas de l'article 132 du Code civil, d'admettre largement la subrogation au second degré et suivants, il se montre réticent en d'autres occasions. Ainsi, les articles 575, al. 2, du Code de commerce, 747, al. 2, et 766 du Code civil limitent le jeu de la subrogation réelle du prix à la chose, à condition que ce prix soit encore dû. On ne trouve guère d'autre raison valable d'une telle limitation que la méfiance du législateur à l'égard des possibilités de prouver l'individualisation de la valeur par sa provenance, le prix une fois versé. La question a été notamment discutée à propos des successions anomales (articles 747, al. 2, et 766 du Code civil) (77). Aubry et Rau (78) sont, certes, favorables au fond, à l'extension de la subrogation réelle, puisqu'elle fonctionne ici dans une universalité juridique. Mais ils se montrent particulièrement rigoureux sur la connaissance de l'origine des valeurs réclamées par le successeur anomal, estimant, du reste, que si le législateur a limité la subrogation au prix encore dû, c'est précisément pour éviter des confusions entre la succession anomale et la succession ordinaire. Cette attitude conduit ces auteurs à ne préconiser l'interprétation extensive qu'au premier degré, la subrogation au second degré ne présentant pas, à leurs yeux, des garanties probatoires suffisantes. La jurisprudence paraît suivre dans cette voie. Malgré les termes des articles 747, al. 2, et 766, elle n'exclut pas, au fond, la subrogation au second degré ; mais elle est conduite en fait à l'écarter simplement, en exigeant, selon les motifs nets de l'arrêt de la Cour de Lyon, du 24 août 1871, « qu'il soit établi que les valeurs trouvées dans la succession (anomale) ont pour origine *certaine, évidente, incontestable,* les deniers ou valeurs, objets de la donation » (79).

358. — Il est clair que le principe même de l'exclusion de la subrogation au second degré ne saurait dépendre de simples difficultés probatoires. Celles-ci ne peuvent justifier que des précautions. C'est pourquoi la jurisprudence se montre, très justement, moins catégorique que la doctrine et

---

ait été acquise immédiatement à la place de cette chose et en tienne lieu. »

(77) Cf. *infra,* N^{os} 444 et suivants et 596.

(78) Aubry et Rau, 4^{e} édit., § 608, p. 354 texte et note 36, p. 359 texte et note 47.

(79) S. 1872. 2. 121, cf. *supra,* N^{os} 325 et 347, b), et *infra,* N° 445 texte et note 31 ; cf. Trib Civ, Fontainebleau, 25 mars 1896 (*Rev. gén. du notariat,* 1896, T. XVI, N° 9128) qui admet la subrogation en cas d'échange, et Montpellier, 20 février 1893 (cité par Henry, thèse, p. 361, note 3), Trib. civ, Lyon, 8 avril 1896 (*Pand. Franç.,* 1896. 2. 225) qui refusent la subrogation uniquement en raison de la confusion entre la succession anomale et la succession ordinaire.

borne ses exigences probatoires aux justifications qui lui sont fournies dans le cadre du droit commun. Seule, la loi est compétente pour écarter celui-ci et créer un système de preuve adapté à son sujet. Or, la loi n'édicte aucune disposition de cet ordre, généralement applicable à tous les cas de subrogation réelle. Elle n'est pourtant pas totalement muette. Il lui est arrivé, sur des points particuliers, de prévoir un mode de preuve approprié.

C'est en traitant du remploi dans les propres de communauté que le Code civil, par ses articles 1434 et 1435, a été conduit à prescrire des modes spéciaux d'extériorisation de la provenance. Pour que le bien acquis en remploi d'un propre soit propre, l'article 1434 exige que, lors de l'acquisition du bien de remploi, le mari fasse une double déclaration : 1°) que l'acquisition est faite avec les deniers provenus de l'aliénation ; 2°) que cette acquisition est faite pour tenir lieu de remploi. Lorsque le remploi est fait par le mari pour le compte de sa femme, l'article 1435 exige l'acceptation de celle-ci en plus de la double déclaration prévue par l'article 1434. *Les articles 1434 et 1435 imposent donc la preuve par écrit, du simple fait de provenance* des deniers servant à l'achat. Et cet écrit doit même être l'acte d'acquisition, car c'est dans cet acte que, selon l'interprétation traditionnellement admise, la double déclaration doit se trouver consignée (80).

Une telle règle de preuve mérite l'attention. Fonctionnant sous le régime de communauté, elle offre d'appréciables garanties qu'il convient d'étudier spécialement (article 1er). Mais, partant de là, on a voulu y voir le droit commun de la preuve de la contre-valeur applicable à tous les cas de subrogation (81). Une telle extension pose un problème distinct qui doit être résolu séparément (article 2).

Article 1er. — JEU DES ARTICLES 1434 ET 1435 SOUS LE REGIME DE COMMUNAUTE

359. — Dans ce domaine, deux séries de problèmes se posent. Les articles 1434 et 1435 font dépendre le remploi d'une manifestation de volonté des époux, et on peut se demander s'ils ne concernent pas le fond même de la subro-

---

(80) Pothier donnait déjà cette solution : *Traité de la communauté*, N° 198 ; cf. Planiol, III, N° 951 ; Ripert et Boulanger, III, N° 669 ; Colin et Capitant, III, N° 100.

(81) Cf. Henry, thèse, 140.

gation autant que sa preuve. Il convient donc, d'abord, d'élucider cette question de nature de la double déclaration. Il sera ensuite possible d'en déterminer la portée.

1er POINT. — NATURE DE LA DOUBLE DECLARATION EXIGEE PAR LES ARTICLES 1434 ET 1435

360. — *Remarque préalable.* — Il n'est pas douteux que lorsque le remploi a été fait par le mari pour le compte de sa femme, l'acceptation de celle-ci, exigée par l'article 1435 en plus de la double déclaration du mari lors de l'acquisition, constitue une règle de fond. La nécessité de cette acceptation se conçoit parfaitement au fond, alors même qu'il serait établi que les deniers ayant servi à l'acquisition provenaient de l'aliénation d'un propre de la femme. La provenance ne peut suffire à entraîner, ici, la subrogation réelle. En effet, le mari n'est qu'un administrateur de la fortune personnelle de sa femme et il n'a pas mission d'acheter des propres à celle-ci sans son consentement. Il faut que ce consentement intervienne spécialement. C'est ce qu'exige l'article 1435. Et il est normal que la femme n'accepte que si elle juge l'affaire satisfaisante pour elle. C'est pourquoi il n'y a aucune incorrection à lui permettre d'accepter, après coup, jusqu'à la dissolution de la communauté, c'est-à-dire à un moment où elle peut juger les résultats de l'opération conclue pour son compte (81 bis).

Mais il est clair que si la provenance propre ne suffit pas à entraîner le remploi pour le compte de la femme, elle est, néanmoins, nécessaire. Et elle doit être prouvée. C'est pourquoi l'article 1435 exige que la double déclaration du mari, déjà prévue par l'article 1434, soit intervenue. De sorte que c'est cette double déclaration qu'il faut finalement étudier, qu'il s'agisse d'un remploi pour le compte du mari ou pour le compte de la femme. Aussi, l'étude qui suit porte-t-elle sur l'article 1435, dans la mesure seulement où ce texte renvoie à l'article 1434.

I. — LA DOUBLE DECLARATION, DECISION SPECIALE, FORMELLE, DE SUBROGATION

361. — On a pu penser (82) que l'article 1434 établissait une véritable condition de fond du remploi. La subrogation réelle, en cas de remploi, a-t-on dit, ne peut, sous le régime

(81 bis) Cf. Planiol, III, N° 955.

(82) Il semble que ce soit l'opinion de Planiol, III, N° 951 ; v. aussi Morel, note au S. 1939. 1. 138, c. 2.

de communauté, s'accomplir que par la volonté du mari, au lieu de s'accomplir toute seule comme dans l'échange (article 1407 du Code civil). L'article 1434, complété par l'article 1435 en cas de remploi par le mari d'un bien de la femme, n'a d'autre signification que d'exprimer la nécessité de cette volonté. On est donc, en réalité, en présence d'une décision spéciale de subrogation par déclaration unilatérale de volonté, dans le cadre tracé par la loi (83).

A cette condition de fond, l'article 1434 joindrait une condition de forme. La volonté du mari, spécialement requise pour que s'opère la subrogation au second degré, doit nécessairement se manifester dans la forme prévue par la loi, c'est-à-dire une double déclaration portée *dans l'acte même d'acquisition*. Exprimée autrement, cette volonté n'aurait aucun effet. Le remploi ne serait pas valable. Autrement dit, la forme imposée à la manifestation de volonté du mari par l'article 1434 du Code civil serait une véritable forme habilitante.

362. — On est alors, logiquement, amené à déduire d'une telle conception, d'importantes conséquences.

a) L'idée de forme habilitante conduit à affirmer que le respect de l'article 1434 est requis aussi bien dans les rapports des époux entre eux, qu'à l'égard des tiers. Les époux, postérieurement à l'acte d'acquisition, ne pourraient pas convenir valablement que le bien acquis serait propre à l'un d'eux. Le remploi dit « à retardement », en tant que remploi, serait *nul* pour vice de forme (84). Notamment, la femme ne pourrait pas invoquer le remploi d'un de ses biens si le mari, au préalable, n'avait pas respecté l'article 1434 lors de l'acquisition.

b) On serait, ensuite, amené à déduire, de l'idée de décision spéciale, des conséquences encore beaucoup plus importantes. En effet, si la subrogation au second degré ne pouvait s'accomplir, dans les propres de communauté, qu'en vertu d'une manifestation spéciale de volonté, autrement dit, si elle ne pouvait jouer de plein droit, on devrait normalement conclure à l'existence d'un obstacle de fond s'opposant au transport du droit propre de l'époux, du bien ancien sur le bien nouveau. On en arriverait alors à la règle d'interprétation restrictive de la subrogation sous le régime de communauté. Telle semble bien être la signification des expressions employées par Planiol (85), elle est dans la logique de sa

(83) Pour l'étude de la notion de décision spéciale de subrogation et de la compétence en cette matière, cf. *infra*, N^{os} 621 et suivants, 627 et suivants.

(84) Planiol, III, N° 952.

(85) Planiol, III, N° 951.

conception. La double déclaration concernerait alors les moyens techniques de réalisation et non la preuve de la provenance, qui n'en serait que la conséquence.

Cette conclusion, dont on mesure l'importance, serait d'autant plus à craindre que la subrogation consiste, dans l'hypothèse du remploi, en un transport d'un droit de propriété. Or, nous verrons (86), qu'en principe, un tel transport ne peut s'opérer de plein droit. D'autre part, d'autres règles, spéciales au régime de communauté, sembleraient s'opposer à la subrogation au second degré, notamment la règle que tous les deniers sont communs, quelle que soit leur provenance, et ne constituent jamais que des propres imparfaits en raison du quasi-usufruit de la communauté. Tout bien acquis pendant le mariage au moyen de deniers proviendrait donc nécessairement d'une valeur commune, et la subrogation réelle serait, *en principe*, impossible. Le caractère d'acquêt ne pourrait être détruit par le remploi que dans le cas où cette opération aurait été prévue par le législateur et spécialement décidée par les époux, dans le cadre imparti par la loi (87).

363. — Il est clair, dans ces conditions, que si l'on voit dans la double déclaration l'exigence au fond d'une manifestation spéciale de volonté pour faire jouer la subrogation, on doive penser que le législateur n'a pas entendu écarter tous les obstacles, et que ses décisions s'interprètent restrictivement.

Or, cette opinion trouve, dans l'analyse même de l'article 1434, complété par l'article 1435, un certain fondement. Il est incontestable que ces deux dispositions mettent le remploi à la discrétion des époux et que l'absence des formalités prévues par ces textes a pour sanction l'absence de subrogation. S'il s'agit d'un bien du mari, il est certain que ce dernier, au moment de l'acquisition, est absolument libre de faire ou ne pas faire la double déclaration. Par conséquent, la subrogation résulte bien de sa volonté. S'il s'agit d'un bien de la femme (88), le mari doit d'abord avoir voulu le remploi en accomplissant la double déclaration. La femme, ensuite, doit accepter ce remploi (article 1435). Cet article 1435 crée certainement et au fond la nécessité du consentement de la femme. La subrogation, dans cette hypothèse, résulte de la double volonté de la femme et du mari (88 bis).

---

(86) Cf. *infra*, N^{os} 656 et suivants, 668.

(87) Comp. *infra*, N° 674.

(88) Si toutefois on adopte la conception de Planiol conduisant à ne permettre à la femme d'accepter que les remplois déjà opérés par le mari conformément aux exigences de l'art. 1434, cf. Planiol, III, N^{os} 954 et 955.

(88 bis) Il faut remarquer que l'analyse courante du remploi d'un

Du reste, l'article 1434 lui-même n'exige-t-il pas une véritable intention du remploi ? L'une des déclarations qu'il prévoit porte sur la provenance des deniers, mais l'autre doit indiquer que l'acquisition est faite « pour tenir lieu de remploi ». Une déclaration spéciale est donc prévue pour indiquer l'intention d'opérer la subrogation, intention sans laquelle cette subrogation ne pourrait s'accomplir.

Cette précision de la loi, jointe au résultat que nous venons de rappeler, a sûrement déterminé l'opinion qui voit dans les exigences de l'article 1434 des formalités habilitant une manifestation de volonté, principe moteur du remploi (89). Cependant, ainsi exprimé, ce résultat, pour ne pas être inexact, est exagéré. Et la conception à laquelle il peut conduire est erronée.

II. — CRITIQUE DE CETTE THESE

364. — L'opinion, ainsi présentée, appelle les plus sérieuses critiques, tant dans la mesure où elle exige au fond une décision spéciale de subrogation pour que le remploi s'accomplisse sous le régime de communauté, que dans celle où elle soumet cette décision à une condition de forme habilitante.

365. — 1°) L'article 1434 n'exige pas *au fond*, pour que le remploi se réalise, une manifestation de volonté s'exprimant dans des formes déterminées.

a) D'abord, comme nous l'avons remarqué, l'opinion induite de Planiol consiste à voir, dans l'article 1434, la nécessité d'une décision spéciale de subrogation, qui ne se justifie que si la subrogation ne joue pas de plein droit. C'est donc bien à l'interprétation restrictive que l'on devrait en arriver. Le législateur, d'après cette conception, n'a pas entendu lever tous les obstacles qui s'opposent à la subrogation, dans les propres de communauté. Bien au contraire, en exigeant une décision spéciale, il en rappelle l'existence. Or, le droit positif est, manifestement, contraire à cette interprétation restrictive (90). Et Planiol lui-même n'est pas hostile à l'interprétation extensive. Il admet largement la subrogation au premier degré (91) (en cas de vente d'un propre, la créance du prix est propre, la soulte de partage est également propre, il en est de même de l'indemnité due pour l'assurance

---

bien de la femme, en une offre révocable jusqu'à son acceptation, attribue à la volonté des époux un rôle de fond. Cf. Planiol, III, N^{os} 959 et 960.

(89) Cf. également Laurent, XXI, N° 362.

(90) Cf. *infra*, N° 681.

(91) Cf. Planiol, III, N° 922, pp. 75 à 77.

d'un propre), approuvant ainsi les solutions jurisprudentielles. Cette interprétation large de la subrogation au premier degré prouve que, sous le régime de communauté, la spécialité matérielle du droit de propriété n'est pas considérée comme un obstacle de fond à la subrogation.

Il y a mieux. Planiol applique, également d'une façon très large, la subrogation au second degré, laissant entendre par là que le caractère commun des deniers ne constitue pas non plus un obstacle. Ainsi, le remploi prévu par l'article 1434 en matière immobilière est étendu à la conservation des propres mobiliers (92). L'auteur invoque, pour justifier cette extension, que personne ne conteste, la conformité du remploi aux principes fondamentaux du régime de communauté, ce qui semblerait bien mener à l'interprétation large de la subrogation.

Et c'est de la même extension que relève l'admission de l'emploi. Des deniers ont été donnés ou légués à un époux, sous la condition qu'ils resteront propres à cet époux. Le bien acquis en emploi de ces deniers, sans que cet emploi ait été imposé par le donateur ou le testateur, est-il propre ? Planiol (93), à la suite de la majorité des auteurs et de la jurisprudence (94), répond par l'affirmative. Or, appliquer l'article 1434 à l'emploi, c'est l'étendre à une hypothèse sensiblement différente de celle qu'il a prévue. En effet, dans le remploi, on part d'un propre parfait qu'on reconstitue en ignorant rétroactivement le passage de deniers dans la masse commune. Dans l'emploi, au contraire, on part d'un propre imparfait pour aboutir à un propre parfait ; on passe d'une créance de récompense contre la communauté à un droit de propriété propre. Par suite, justifier l'emploi par l'article 1434, c'est faire sortir ce texte de l'hypothèse qu'il a envisagée (95). Une telle extension n'est possible que s'il est admis que l'article 1434, même appliqué à l'emploi, est conforme aux principes essentiels du régime de communauté, dans la mesure où le fait de l'origine propre

(92) Planiol, III, N^{os} 922, 2°, et 950.

(93) Planiol, *op. cit.*, N° 950 *in fine*.

(94) En ce sens : Aubry et Rau, T. VIII, § 507 texte et note 88 ; Huc, IX, N° 201 ; Planiol, Ripert et Nast, T. VIII, N° 458, et la jurisprudence citée. *Contra :* Laurent, T. XXI, N° 363, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, T. I, N° 382. Toute cette question de fond sera étudiée, *infra*, N^{os} 679 et suivants.

(95) Les auteurs l'ont si bien senti qu'après avoir invoqué l'article 1434 pour valider l'emploi ils appellent à la rescousse l'article 1595 du Code civ. (cf. Planiol, *op. cit.*). (Ripert et Boulanger, III, N° 667). Mais, de l'aveu même de ces auteurs, cet article aboutit à poser en principe que l'emploi est possible chaque fois que des deniers ayant une origine propre sont disponibles. C'est reconnaître que le fait de l'origine commande la solution au fond, sans que la volonté des époux joue un rôle, du moins quant au fond.

commande la qualité de propre. Mais, si l'on reconnaît avec Planiol lui-même l'existence d'une telle règle *de fond,* on ne voit pas comment la volonté des époux, envisagée comme décision spéciale de subrogation (c'est-à-dire *au fond* également), pourrait la modifier.

On aboutit ainsi, naturellement, à une remarque générale. Il est choquant de reconnaître aux époux le pouvoir au fond, de se créer des propres à discrétion. Ce serait contraire à l'esprit même de l'immutabilité du régime matrimonial. La qualité de propre doit dépendre de l'origine de la valeur employée à l'acquisition et non d'une volonté arbitraire ; *c'est envisagé par rapport au fait de l'origine qu'il faut comprendre le rôle de la volonté.* Mais, si c'est le fait qui commande au fond et non la volonté, on ne doit pas voir dans la double déclaration prévue par l'article 1434 une décision spéciale de subrogation.

On peut, certes, objecter que la provenance peut bien être une condition nécessaire du remploi, sans pour autant être suffisante. Dans le cadre de la provenance propre nécessairement établie, les époux ne demeurent-ils pas libres de décider ou non le remploi qui est bien à leur discrétion ? Il semble qu'on doive répondre à une telle objection qu'elle n'explique pas que la déclaration d'origine et celle d'intention de remploi doivent être données au *moment de l'acquisition.* Cette précision est capitale. L'article 1434 ne permet pas au mari de décider (ou de proposer, s'il s'agit d'un bien de la femme) le remploi à n'importe quel moment. Envisagée comme règle de fond, cette exigence est inexplicable (tandis qu'elle se justifie, au contraire, comme règle de preuve) (*infra,* N° 368). Il est bien vrai que la jurisprudence récente l'écarte dans les rapports entre époux (*infra,* N° 374), ceux-ci pouvant décider le remploi quand bon leur semble. Mais une telle jurisprudence mérite la critique. Elle crée, dans le jeu de l'article 1434, une distinction que le texte ne comporte pas et supprime une précaution parfaitement justifiable (*infra,* N° 374).

366. — b) Un autre argument, du reste, conduit à penser que l'article 1434 n'exige pas au fond une manifestation de volonté nécessaire pour que la subrogation s'opère.

En effet, si les époux ont la possibilité de franchir les obstacles s'opposant à la subrogation réelle, ils doivent pouvoir le faire soit à l'occasion de chaque opération, et pour cette opération (hypothèse prévue par l'article 1434), soit à l'avance dans le contrat de mariage, en stipulant le remploi obligatoire. La décision spéciale qui fait jouer la subrogation peut, en effet, intervenir à l'un ou l'autre de ces moments

(96). Et, dans cette interprétation, la clause de remploi ne serait autre chose qu'une décision spéciale de subrogation. Il s'ensuit que si des clauses d'emploi ou de remploi ont été insérées dans le contrat de mariage, la décision spéciale étant déjà intervenue à ce moment, il est inutile qu'elle intervienne à nouveau au moment de l'opération. L'article 1434 faisant double usage ne devrait plus être respecté en cas de remploi imposé par le contrat de mariage.

Or, il n'en est rien. La clause du contrat de mariage oblige le mari à opérer l'acquisition qui déclenchera la subrogation réelle (97). S'il s'agit d'un bien de la femme (seul cas où les clauses de remploi aient une raison d'être), le mari et, quelquefois, les tiers, sont responsables, vis-à-vis de la femme, de l'inexécution de cette obligation.

Mais le mari n'est pas dispensé de l'obligation d'effectuer, à chaque remploi, la double déclaration imposée par l'article 1434 (98). Il n'en est même pas dispensé, si le contrat de mariage stipule, comme il arrive quelquefois, que la première acquisition immobilière faite par le mari, après la vente d'un propre de sa femme, tiendra lieu de remploi à ce propre (99). Tout ceci montre bien que la double déclaration imposée par l'article 1434 ne constitue pas une décision spéciale de subrogation fonctionnant à l'intérieur du régime de communauté.

367. — 2°) Quant à la notion de forme habilitante (moment de la déclaration), que l'on ajoute à la nécessité d'une décision spéciale, elle n'est pas plus satisfaisante. Elle ne se conçoit plus si on se refuse à voir, dans la double déclaration de l'article 1434, une décision de fond.

Du reste, l'article 1434 exigeant une double déclaration « lors » de l'acquisition, a-t-il jamais été favorable à l'idée d'une forme habilitante ? Seule, la doctrine en est arrivée à exiger une double déclaration « dans l'acte » d'acquisition.

De toute façon, le droit positif récent rejette cette conception, de forme habilitante. L'hostilité au formalisme

---

(96) Cf. *infra*, N°s 640 et suivants.

(97) Ces clauses portent, en réalité, sur l'acquisition et non sur la subrogation qui n'en est que la conséquence.

(98) Colin et Capitant (8e édit., T. III, N° 199, p. 170) prennent bien soin de le préciser.

(99) En ce sens : Aubry et Rau, § 507, T. VIII, texte et note 85 ; Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 508 ; M. Nast (*op. cit.*) n'exige le respect de l'art. 1434, en ce cas, qu'à l'égard des tiers. Mais, pour cet auteur, que la doctrine récente et la jurisprudence semblent suivre (v. *infra*), ce n'est là qu'un aspect d'une règle plus générale d'après laquelle l'art. 1434 n'est jamais exigé qu'à l'égard des tiers. Mais, sur ce terrain, il reste que l'art. 1434 doit nécessairement doubler la clause de première acquisition insérée dans le contrat de mariage.

apparaît dans un arrêt de la Chambre des Requêtes, de la Cour de Cassation, du 11 mai 1931 (100). Dans l'espèce jugée par cet arrêt, le mari n'avait pas respecté l'article 1434. La femme, de son côté, n'avait accepté expressément ni au moment de l'achat, ni postérieurement. Mais, avec le concours de son mari, elle avait donné à son avoué mandat d'employer une somme propre, à l'achat de valeurs mobilières. La Chambre des Requêtes a déduit, de ces circonstances de fait, que le mari avait reconnu l'origine propre des deniers et que la femme avait accepté le remploi. Dans cette affaire, les déclarations du mari et de la femme étaient donc intervenues non pas lors de l'acquisition, comme l'exige l'article 1434, mais avant l'acquisition. Cet arrêt rejette donc tout formalisme, tout au moins dans les rapports entre époux, seul domaine sur lequel il ait eu à se placer (101). Il méritait d'être noté, car il révèle l'esprit dans lequel la jurisprudence tend à interpréter l'article 1434.

Cette tendance devait se préciser dans un autre arrêt de la Chambre des Requêtes, rendu le 17 mai 1938 (102). La Cour de Cassation, suivant un très fort mouvement doctrinal (103), a estimé que la double déclaration ne s'imposait qu'à l'égard des tiers. Entre époux, l'article 1434 est écarté. Une telle solution peut paraître critiquable (*infra,* N^{os} 376 et suiv.). Elle a, néanmoins, l'avantage de faire apparaître nettement que l'article 1434 n'établit pas une forme requise *ad solemnitatem.* Cette dernière notion est incompatible avec la considération des personnes à qui elle s'oppose puisqu'elle concerne la régularité même de l'opération. Dans la conception de la Chambre des Requêtes, la double déclaration intervenant au moment de l'acquisition n'est que le moyen de prouver la provenance à l'égard des tiers (104).

Dans la mesure où l'on peut y voir une condition de forme, il ne peut s'agir que de forme requise *ad probationem.* Et telle semble bien être, en effet, la véritable signification des déclarations imposées par l'article 1434.

III. — LA DOUBLE DECLARATION, MODE DE PREUVE DE LA PROVENANCE

368. — L'article 1434 du Code civil pose des conditions relatives à la preuve de la provenance. Toutefois, par son

(100) S. 32. 1. 41, note Lyon-Caen.

(101) Toutefois, l'arrêt emploie des termes généraux. Sa rédaction a été critiquée par M. Gaudemet, Rev. Trimest., 1932, pp. 148-149.

(102) D. 38. 1. 73, note E. Pilon ; S. 39. 1. 137, note Morel.

(103) V. *infra,* étude de la portée de l'art. 1434, N^{os} 373 et suivants.

(104) Rap. E. P., note D. 1938. 75, col. 1, « ...les conditions de l'article 1434 valent moins comme conditions de validité du remploi en soi, que comme procédés de publicité, d'opposabilité aux tiers. »

résultat, il subordonne l'accomplissement du remploi à la volonté des époux. Il y a là deux idées importantes sur lesquelles il convient d'insister quelque peu.

A. — Signification probatoire de la double déclaration

369. — La raison d'être de la double déclaration est facile à découvrir. Le remploi par lui-même, nous l'avons vu, n'établit pas la suite d'une valeur individualisée. Il est donc nécessaire d'indiquer cette suite en prouvant la provenance des deniers ayant servi à l'acquisition. A cette nécessité répond l'article 1434. Mais pourquoi le législateur a-t-il exigé que l'on s'en rapporte, pour l'administration de cette preuve, à la déclaration du mari ? C'est que cette déclaration présente les plus sérieuses garanties *lorsqu'elle intervient au moment de l'acquisition.*

D'abord, le mari reçoit tous les versements en argent, que ces versements soient effectués pour le compte de la communauté ou pour celui de la femme. Dans ce dernier cas, la femme est créancière de la communauté, mais il reste que les sommes d'argent sont toutes communes et versées au mari. Celui-ci est donc mieux renseigné que quiconque sur l'origine des deniers qu'il emploie aux différentes acquisitions.

Ensuite, si le mari déclare l'origine des deniers *au moment de l'acquisition* en remploi, il y a beaucoup de chance pour que cette déclaration soit sincère, et principalement inspirée par la considération de la provenance des deniers. Au moment de l'acquisition, le mari ignorant l'issue de l'affaire, il est peu probable qu'il se fonde, pour faire sa déclaration, sur un résultat qu'il ne fait qu'escompter, mais qu'il ignore encore. En vérité moyenne, et à moins de préoccupations spéculatives particulièrement accusées, on peut donc admettre que la considération de l'origine des deniers entrera, pour la plus grande part, dans les mobiles déterminant le mari à faire la double déclaration au moment de l'acquisition.

Et ces constatations conduisent à justifier la confiance dans la déclaration du mari, que le remploi soit fait pour son compte ou pour celui de la femme (105).

Au contraire, si l'on appliquait à l'hypothèse du remploi les règles de preuve du droit commun, les inconvénients qu'il est désirable d'éviter apparaîtraient. Ce serait au moment

(105) Selon l'opinion générale, l'acceptation n'est possible de la part de la femme que si le mari a fait la double déclaration au moment de l'acquisition. V. Aubry et Rau, T. VIII, § 507, p. 52 texte et note 71 ; Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 507 ; Colin, Capitant et J. de La Morandière, 8e édit., III, N° 101.

de la contestation, c'est-à-dire après coup, que la décision d'invoquer le remploi ou de laisser le bien à la communauté serait prise. A un tel moment, cette décision risquerait trop de s'inspirer du résultat de l'opération et non de sa régularité, c'est-à-dire de la provenance des deniers. C'est cette solution, fâcheuse en elle-même, que l'article 1434 évite en imposant la déclaration au moment de l'acquisition. Et le législateur a d'autant plus raison d'édicter une telle règle, que le droit commun de la preuve n'offrirait pas les garanties suffisantes pour rétablir la vérité. Le droit commun, sur ce point, présenterait des lacunes. Ne préservant pas assez contre les fraudes à craindre, il ne permettrait même pas, bien souvent, d'établir la provenance.

Si, par exemple, en présence d'une mauvaise affaire, le mari décidait de laisser le bien à la communauté, il ne serait aucunement gêné. Il n'aurait qu'à s'abstenir d'invoquer le remploi à son profit. La femme serait dans l'impossibilité pratique de prouver l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition, et le bien de remploi resterait acquêt. Si, au contraire, l'affaire se révélait bonne, l'époux demandeur disposerait, contre les tiers ou contre son conjoint, des moyens de preuve du droit commun. La provenance, lien de fait, se prouverait par tous moyens. Or, ce système ne présenterait pas de bien sérieuses garanties de vérité. Au surplus, le mari serait avantagé. Administrateur des trois patrimoines, maître des deniers, il serait relativement bien placé pour administrer sa preuve, si c'était lui qui invoquait le remploi ; et il serait assez difficile de découvrir la fausseté éventuelle de ces moyens de preuve (106). Si, au contraire, c'était la femme qui invoquait le remploi, elle serait assez gênée pour établir la provenance de deniers dont le mari était le seul maître. Ajoutons que, dans les cas où les fluctuations sont quelque peu compliquées (remplois successifs, dont quelques-uns partiels (107), il devient pratiquement impossible à quiconque de prouver la provenance, si l'article 1434 n'est pas respecté.

C'est cette grande utilité à tous égards, des prescriptions de l'article 1434, qui explique leur extension hors du régime de communauté, soit en droit, soit en fait (108). Certains auteurs (109) vont même jusqu'à considérer l'article 1434 comme un texte absolument général de notre droit positif. Il est

---

(106) L'inconvénient serait surtout sensible en cas de dissolution de la communauté par divorce ou par décès de la femme. En cas de décès du mari, les héritiers seraient évidemment moins avantagés que le mari lui-même par rapport à la femme.

(107) V. un exemple dans un jugement du Tribunal Civil d'Albi, du 10 mai 1911, Gaz. Trib., 1911. 2. 367.

(108) V. *infra*, N^{os} 393 et suivants.

(109) V. Henry, thèse, pp. 140 à 142.

incontestable que, comme mode de preuve, le procédé de la double déclaration au moment de l'acquisition est bien préférable à ceux du droit commun.

370. — On s'explique ainsi la précaution prise par la loi. Sous le régime de communauté, le législateur désire prévenir, autant que faire se peut, des passages indus de valeurs d'un patrimoine dans un autre. A cette fin, il utilise la subrogation réelle. Mais cette notion ne présente pas, *par elle-même,* toutes les garanties désirables. La subrogation réelle n'a, en effet, aucune unité, ni aucune indépendance sur le plan du droit positif (110). Aussi, cette théorie, par elle-même, n'impose-t-elle aucune règle spéciale pour prouver la provenance et s'en remet-elle, sur ce point, au droit commun. Là est la lacune. Il était normal que le souci de maintenir l'équilibre entre les patrimoines conduisît à combler cette lacune, d'autant plus fâcheuse que la question de l'équilibre se ramène précisément à la question de provenance. L'article 1434 pallie cet inconvénient et prend les garanties de sécurité dans la preuve de la provenance. Sa raison d'être est évidente.

L'article 1434 était donc nécessaire. En exigeant du mari, qui effectue le remploi, la double déclaration lors de l'acquisition, le législateur vient au secours à la fois de celui qui invoque le remploi (bien souvent il n'est pas possible de prouver la provenance, si les déclarations n'ont pas eu lieu) et de celui contre qui on l'invoque (en le préservant de fraudes dans l'administration de la preuve contre lesquelles il serait désarmé).

Les exigences de l'article 1434 relatives au moment de la déclaration sont donc une garantie probatoire. Ainsi s'éclairent les solutions du droit positif que nous avons relevées.

Le moment auquel la déclaration doit intervenir fait de cette déclaration le plus pratique des modes de preuve dans lequel il est juste que la loi mette sa confiance.

D'autre part, le fait que l'exigence de l'article 1434, relative au moment de la déclaration, n'est qu'une forme requise *ad probationem* explique seul des assouplissements jurisprudentiels comme celui qui résulte de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 mai 1938 (111). N'appliquer cette exigence qu'à l'égard des tiers, en dispenser les époux dans leurs rapports entre eux, c'est rejeter toute idée de forme habilitante, et admettre nécessairement qu'il ne s'agit là que d'une règle de preuve.

---

(110) Sur l'état subordonné de la subrogation réelle en droit positif, voir *infra,* N[os] 559 et suivants.

(111) Précité, cf. *supra,* note (102).

Il apparaît donc, en raison comme en droit positif, que l'obligation qu'impose l'article 1434 d'opérer la déclaration de remploi au moment de l'acquisition est le meilleur moyen de prouver la provenance du bien acquis, mais n'est qu'un mode de preuve.

Mais il reste à expliquer l'autre condition à laquelle l'article 1434 subordonne l'accomplissement du remploi ; la nécessité même d'une déclaration. Car, enfin, de son existence dépend la réalisation de la subrogation réelle. Peut-on voir, dans cette nécessité, une règle de preuve ? N'est-on pas, plutôt, en présence d'une véritable décision spéciale de subrogation ? En réalité, la nécessité d'une manifestation de volonté s'explique aussi comme règle de preuve, mais en tenant compte du fait qu'un moyen probatoire peut très bien exiger une manifestation d'intention, et avoir ainsi pour *résultat* (sinon pour principe) de subordonner la subrogation à cette intention.

C'est ce second aspect de l'article 1434 que nous devons maintenant expliquer.

B. — Rôle de la volonté du mari dans l'accomplissement du remploi (112)

371. — Il est incontestable que la déclaration du mari doit toujours intervenir pour qu'il y ait remploi ; que la nécessité de cette déclaration, comme nous l'avons déjà remarqué, aboutit à mettre la subrogation à la discrétion du mari ; que le texte lui-même exige une déclaration spéciale d'intention ; que la jurisprudence récente (113) enfin, si elle permet aux époux de ne pas respecter l'article 1434 quant au moment imposé à la double déclaration, ne les dispense en aucune façon de la nécessité même de faire cette déclaration. Ces points sont indiscutables, mais ne peuvent être compris que replacés dans l'ensemble du système établi par les articles 1434 et 1435.

La nécessité pour le mari de *décider* ou de proposer le remploi ne saurait s'interpréter sans tenir compte *du moment* auquel cette volonté doit intervenir. Dans l'esprit de la loi, ces deux éléments, que l'analyse seule distingue, ne forment qu'un tout. Le législateur n'a eu de foi dans la déclaration du mari qu'en raison des garanties de sincérité que cette déclaration pouvait présenter quant à la provenance

(112) Rappelons que la volonté de la femme intervient, dans un remploi fait pour son compte, sous la forme de l'acceptation prévue par l'article 1435. Cette acceptation est requise *au fond*. Mais elle exige, en plus, la double déclaration du mari, cf. *supra*, N° 360. Et c'est la volonté ainsi requise du mari qui est ici examinée.

(113) Req., 11 mai 1931, Req., 17 mai 1938 précités *supra*, N° 367.

des deniers. Or, ces garanties de sincérité n'existent que si le mari décide d'effectuer le remploi avant que les résultats de l'opération ne se dessinent.

Mais, exprimée au moment de l'acquisition, l'intention d'opérer le remploi devient une garantie de la sincérité de la déclaration de provenance. Lors de l'acquisition et dans la psychologie des époux, déclarer que les deniers utilisés proviennent de la vente d'un propre et vouloir le remploi ne font qu'un (114). L'intention d'effectuer le remploi corrobore les affirmations concernant la provenance puisque, à ce moment, on peut légitimement escompter que la considération des deniers inspirera principalement le désir d'acquérir en remploi. Il n'est donc pas exagéré d'affirmer que la manifestation de volonté du mari vient renforcer la valeur probante de la déclaration de provenance. Ainsi, la nature et la valeur probatoire de la déclaration de provenance s'appuient sur l'intention du mari, laquelle relève naturellement des larges pouvoirs maritaux sur les deniers qui, en principe, sont tous communs. Ils sont communs jusqu'à ce que le mari révèle qu'ils sont propres, mais précisément au moment même où il les emploie à conserver l'intégrité d'un patrimoine propre, c'est-à-dire où il les remplace par un bien corporel propre.

Ce résultat, par lui-même, est parfaitement admissible. Il souligne, certes, les très larges pouvoirs du mari sur la réalisation du remploi, même pour le compte de sa femme. Il suffit au mari de ne pas déclarer que les deniers servant à l'acquisition proviennent de la vente d'un propre de la femme pour que celle-ci ne soit pas propriétaire exclusive du bien acquis. Mais ces pouvoirs, étendus du mari, n'ont rien d'exorbitant ni d'exceptionnel. Tous les deniers, en effet, sont communs, même s'ils proviennent de l'aliénation d'un propre puisque, en ce cas, ils sont frappés par le quasi-usufruit de la communauté et, comme tels, versés au mari. Dès lors, sur le terrain strictement probatoire, nous avons vu que le mari était mieux qualifié pour individualiser les deniers qu'il emploie en indiquant leur origine. Et il n'est pas du tout choquant de s'en remettre à sa discrétion sur ce point. Car, d'abord, nous savons que si l'on se place au moment de l'acquisition, on peut suffisamment compter sur sa sincérité et, ensuite, avant toute déclaration de la part du mari, les deniers sont communs, par conséquent soumis à son pouvoir

(114) On peut, certes, objecter qu'il n'en est ainsi que dans la pensée des époux honnêtes, alors que la règle est précisément édictée pour des époux peu scrupuleux. Nous répondrons, qu'au moment de l'acquisition, il est beaucoup plus question d'être avisé que scrupuleux. A ce moment, les époux, même peu soucieux d'honnêteté, ne savent pas où sera leur intérêt. Tout le système de la loi est fondé sur ce calcul fort juste.

absolu. Il est donc admissible que le mari soit libre d'en déclarer la provenance et de faire jouer le remploi (115).

371 bis. — Les pouvoirs du mari sur les deniers, communs en principe, expliquent la complexité du mécanisme du remploi. Parler de l'origine d'une somme d'argent revient à employer un langage fictif. Des choses essentiellement fongibles ne peuvent avoir d'origine particulière et, même lorsque le mari déclare, conformément à l'article 1434, qu'une acquisition est faite avec les deniers provenus d'une vente déterminée, cette déclaration n'est jamais strictement exacte, car ce ne sont pas les *mêmes* deniers qui proviennent de la vente et qui servent à l'acquisition. Aussi, l'article 1434 lui-même déclare-t-il que le remploi est *censé* fait lorsque la double déclaration a eu lieu lors de l'acquisition.

En réalité, lorsque le mari décide de faire un remploi, il *affecte* à la conservation d'un patrimoine propre une somme qui est en son pouvoir. Mais cette affectation ne se justifie que dans la mesure où la valeur propre est demeurée dans la caisse de communauté. Sans quoi, celle-ci reconstituerait à ses frais le patrimoine propre au lieu de le conserver. La question de fond (affectation des deniers) se trouve ainsi liée à celle de preuve (établissement de l'origine des deniers).

Or, à ce dernier point de vue, une preuve positive et directe est rendue impossible par la nature même des choses. Seule, une certitude négative est possible : si, entre la réception du prix et l'acquisition, les sommes disponibles dans la caisse de la communauté sont tombées, pour une raison quelconque, à un chiffre très inférieur à celui du prix reçu, on est sûr que l'acquisition ultérieure n'a pu être effectuée avec ce prix, car il est certain que celui-ci a été dissipé dans l'intervalle. En ce cas, le remploi peut être empêché, même s'il y a eu une déclaration de remploi dans l'acte d'acquisition ; c'est, en effet, en ce sens qu'il faut entendre la possibilité pour la femme ou les tiers de prouver l'inexactitude de cette déclaration (115 bis).

---

(115) Il faut remarquer, à ce propos, que la décision du mari, de faire tomber en communauté (en s'abstenant de la double déclaration) une valeur d'origine propre, serait plus facilement tolérée que la décision inverse procédant d'une déclaration de remploi pour un bien acquis avec des deniers communs en réalité. Le régime de communauté admet, en effet, plus facilement le passage d'un bien propre en communauté que le mouvement inverse. (Cf. P. Raynaud, note S. 1949. 2. 1.) Il résulte que ce déséquilibre demeure regrettable et qu'en toute hypothèse le but de la loi est de l'éviter en empêchant les époux de se créer des propres à volonté (cf. E. P. note D. 1938. 1. 74, § IX). Dans cet esprit, la solution de l'article 1434, *prise dans son entier,* est sûrement la plus sage.

(115 bis) Cf. *infra,* N[os] 373 et 380. La Cour de Cassation admet

Si, au contraire, le mari a conservé à sa disposition une somme égale ou supérieure au prix reçu, toute preuve positive devient impossible. De droit commun, force est de se contenter de présomptions. L'article 1434 intervient alors ; il présente les garanties probatoires que nous avons indiquées. La déclaration d'origine peut alors raisonnablement être *tenue pour exacte*. Mais, naturellement, cette règle de preuve ne supprime rien de la règle de fond. Tous les deniers, y compris ceux versés en paiement du prix de vente propre, demeurent communs, c'est-à-dire à la libre disposition du mari. La fongibilité des deniers impose cette solution. Et c'est cette règle de fond qui explique que, lorsque le remploi est effectué par le mari pour le compte de la femme, ce remploi soit révocable tant que la femme ne l'a pas accepté (115 ter). Avant cette acceptation, le mari demeure maître de l'affectation à la femme des deniers communs, même de ceux versés en paiement du prix de vente d'un propre de la femme. Le mari peut, rétroactivement, changer cette affectation. Ce changement, qui fait tomber tout le remploi, réagit naturellement sur la déclaration d'origine, qui est alors automatiquement supprimée. La fongibilité des deniers permet de considérer, rétroactivement, que ceux qui ont été employés à l'acquisition n'étaient pas ceux provenus de la vente précédente. Les pouvoirs du mari sur les deniers et le caractère fongible de ceux-ci permettent, quant au fond, de révoquer le remploi et, quant à la preuve, de revenir sur la déclaration d'origine. La révocabilité du remploi fait par le mari pour le compte de la femme est ainsi compatible avec la déclaration de l'article 1434, conçue comme règle de preuve.

Le résultat auquel on aboutit ainsi est que la constatation d'un fait (l'origine des deniers) peut être non seulement contestée, mais bien révoquée. Ce résultat peut surprendre. Il tient, en réalité, à la nature très particulière du fait à prouver. Ce fait n'est pas susceptible d'une preuve positive directe. Et c'est bien normal, car parler de l'origine d'une chose de genre implique presque une contradiction. L'origine suppose une individualisation physique que, par essence, le genre exclut. Si, malgré ce fait, on veut utiliser cette notion d'origine, on est fatalement conduit à un certain arbitraire. A supposer que le genre soit demeuré dans les mains de celui qui l'a reçu, il faut se contenter, pour admettre son emploi effectif ultérieur, de vraisemblances jugées suffisantes. Dans cet esprit, l'article 1434 s'en rapporte à la déclaration faite par le mari lors de l'acquisition. Il est vrai, qu'intervenue à ce moment, cette déclaration offre de sérieuses

---

que le défendeur peut faire échec au remploi en prouvant, qu'avant l'acquisition, le prix a été employé à d'autres fins.

(115 ter) Cf. Planiol, III, N°s 959 et 960.

garanties de sincérité. Mais cela n'exclut aucunement un acte volontaire du mari. Car de quelle sincérité peut-il s'agir? De la seule qui corresponde à un fait précis. Et ce fait précis est négatif. Il consiste dans la non-dissipation du prix entre la réception de celui-ci et son emploi. C'est le seul point sur lequel la sincérité du mari ait un sens. Ce point admis (sous réserve d'une preuve contraire), nul, y compris le mari, ne peut en savoir davantage. S'en remettre à la déclaration du mari rejoint alors, en réalité, ses pouvoirs sur les sommes d'argent. L'utilisation des deniers demeure à sa discrétion et on ne peut permettre à quiconque, pas même à la femme, de discuter cette utilisation sous prétexte d'origine, même si, dans de rares cas, la femme parvient à faire valoir des présomptions sérieuses. Ainsi, la femme ne peut être admise à prouver que tel bien a été acquis en remploi d'une somme d'argent provenant d'un de ses propres, si le mari ne donne pas son accord à cette affirmation. La femme ne peut imposer le remploi au mari, même en démontrant que celui-ci n'a jamais eu à sa disposition d'autre argent que celui procuré par la vente du propre et que, par conséquent, l'acquisition ultérieure n'a pu être opérée qu'avec le prix. Cette démonstration, qui ne serait du reste pas sans danger, supposerait une immixtion de la femme dans la gestion positive des deniers. Elle serait contraire aux pouvoirs du mari, chef de la communauté. La femme pourrait, certes, faire obstacle au remploi d'un bien du mari en prouvant le fait positif d'une dissipation du prix avant l'acquisition, mais elle ne peut contraindre le mari à reconnaître l'existence d'un remploi à son profit à elle, femme, car elle ne peut s'immiscer dans la gestion des deniers, quels qu'ils soient, qui n'ont pas été dissipés avant l'acquisition et sont restés dans les mains du mari. En l'absence d'une décision contraire du mari, les deniers sont communs et le restent.

La connaissance de l'origine des deniers est donc obtenue par les déclarations du mari, liées aux décisions de celui-ci quant à la gestion de ces deniers. Ce fait explique qu'elle suive le sort de ces décisions et soit, éventuellement, révoquée avec elle. Mais ce même fait ne doit pas conduire à dénier, à la notion de preuve de l'origine, son autonomie. Deux points essentiels demeurent. D'une part, si le mari décide de faire un remploi, celui-ci n'est possible que si les deniers sont *censés* provenir d'un bien propre. La provenance propre est une condition nécessaire de la subrogation réelle. Et cette provenance est considérée par la loi comme suffisamment établie si le mari déclare l'origine propre des deniers lors de l'acquisition. Cette déclaration est un mode de preuve de la provenance qui accompagne et traduit l'affectation propre des deniers. D'autre part, si cette affecta-

tion n'a pas lieu, ou est révoquée, les deniers ne sont pas ou ne sont plus *censés* provenir d'un bien propre. Cette provenance est alors plus qu'ignorée. Elle est écartée, ce que la fongibilité essentielle des deniers permet et même implique. Ce n'est qu'à propos d'un remploi que la provenance propre des deniers peut être prouvée. En dehors de cette affectation au remploi, les deniers sont tous communs, la preuve de leur provenance *n'intervenant pas* (sauf, naturellement, pour déterminer les récompenses). De sorte qu'il serait erroné de conclure qu'une valeur peut ainsi, en l'absence de remploi, provenir d'un propre sans être propre, et que la subrogation réelle ne joue pas, alors même que la provenance propre est démontrée. En ce cas, la provenance propre n'est pas démontrée et n'a pas à l'être. Elle ne l'est qu'à l'occasion du remploi et par le mari qui, *en même temps*, décide le remploi.

Et c'est à propos de cette exigence du moment qu'apparaît le souci probatoire de la loi. La déclaration accompagne et traduit l'utilisation même des deniers, à laquelle elle est liée. Mais elle ne vise pas moins, pour autant, le fait même de la provenance qu'elle doit établir en offrant un minimum de garanties de sincérité. C'est pour cette raison seule qu'elle doit intervenir au moment de l'acquisition, si l'on envisage les pouvoirs du mari au fond, on conçoit mal cette exigence. Ici, *les pouvoirs au fond dépendent de la preuve de l'origine des deniers*. C'est la nécessité de cette preuve qui conduit à l'article 1434 et réagit sur les pouvoirs du mari en les limitant au fond.

Ainsi, la liaison étroite entre les règles de preuve et celles de fond résulte de la difficulté d'établir l'origine des deniers. Ce fait constitue déjà une donnée principalement probatoire. Et la liaison intime qui en découle ne doit pas conduire à la simple confusion entre les préoccupations probatoires et les règles de fond.

372. — L'analyse de la nécessité même d'une déclaration en un mode de preuve appelle trois remarques :

1°) Il importe, d'abord, de bien souligner que la volonté requise du mari, dans la déclaration de remploi, n'a pas pour objet de lever les obstacles de fond, opposés par le régime de communauté à l'accomplissement de la subrogation. Cette volonté ne concerne pas les moyens techniques de réalisation, mais bien la preuve de la contre-valeur (en même temps que les pouvoirs du mari sur les deniers), ce qui justifie son étude à cette place et apporte une précision capitale pour comprendre le jeu de la subrogation réelle dans les propres de communauté (116).

(116) Pour cette étude, v. *infra*, N°s 667 et suivants.

2°) Cette interprétation, seule, explique que l'article 1434 s'applique même si le remploi est obligatoire en vertu d'une clause de remploi insérée dans le contrat de mariage, même si la subrogation joue de plein droit sous le régime de communauté. La subrogation peut bien, en effet, être largement admise en principe, elle n'en exige pas moins, à titre de condition spéciale, que la provenance de chaque bien à propos duquel on l'invoque soit prouvée. Cette preuve est donc nécessaire pour chaque remploi particulier ; et, comme elle ne peut résulter que de la double déclaration, l'article 1434 doit être respecté lors de chaque acquisition.

3°) Enfin, l'analyse qui précède fait ressortir *l'importance capitale du moment auquel la déclaration doit intervenir*. Tout le système établi par l'article 1434 est fondé sur cette exigence et n'a de valeur probante que si cette condition est remplie. Maintenir la nécessité d'une déclaration, mais ne pas imposer à cette déclaration le moment de l'acquisition c'est, à coup sûr, écarter l'article 1434, puisque le système de cet article forme un tout dont on ne peut dissocier les éléments. C'est cependant ce qu'a fait la jurisprudence récente, tout au moins dans les rapports des époux entre eux.

Ce point mérite qu'on s'y arrête. Mais il concerne la portée qu'il convient de reconnaître à l'article 1434 sous le régime de communauté. C'est cette question, plus générale, qu'il nous faut maintenant étudier.

2e POINT. — PORTEE DES ARTICLES 1434 et 1435 SOUS LE REGIME DE COMMUNAUTE

373. — Une précision est, dès l'abord, nécessaire. L'article 1434 (116 bis) s'impose à celui qui, invoquant le remploi, entend prouver la provenance propre du bien acquis. La preuve par tous moyens lui est, en principe, interdite. Cette règle est édictée dans l'intérêt de celui contre qui on entend faire jouer le remploi. Mais, à son égard, l'article 1434 crée une simple présomption. Il se peut que la déclaration de provenance paraisse fictive au défendeur. Ce dernier peut certainement prouver, par tous moyens, le caractère fictif et il ne paraît pas utile, pour justifier cette possibilité, de recourir à la règle *fraus omnia corrumpit*.

L'article 1434, par lui-même, n'est sûrement pas hostile

(116 bis) Rappelons que nous n'étudions l'article 1435 que dans la mesure où il impose, lui aussi, la double déclaration, c'est-à-dire dans la mesure où il reprend l'article 1434.

à la preuve contraire (117). Ainsi, on doit admettre que les tiers auxquels les époux voudraient opposer le remploi peuvent prouver, par tous moyens, que le bien ne provient pas, en réalité, d'une valeur propre. L'article 1434, écrit dans leur intérêt, ne doit pas se retourner contre eux en créant à leur encontre une présomption irréfragable de provenance (article 1352 du Code civil). La même solution doit être admise au profit de la femme à qui son mari veut opposer le remploi d'un bien à lui propre.

L'article 1434 signifie donc seulement que celui qui se prévaut du remploi ne peut prouver l'origine propre du bien que par la double déclaration effectuée au moment de l'acquisition. Rappelons le double sens de cette règle. Dans une certaine mesure, elle est favorable au bénéficiaire du remploi, qui peut faire sa preuve par la simple déclaration unilatérale (à laquelle s'ajoute l'acceptation de la femme, si le remploi s'opère pour le compte de cette dernière), si cette déclaration a été faite au moment de l'acquisition. L'époux bénéficiaire échappe ainsi à la preuve, plus difficile, du droit commun. Mais, dans un autre sens, plus important, l'article 1434 est sévère pour cet époux puisqu'en principe le remploi ne peut être prouvé si la double déclaration n'a pas eu lieu au moment de l'acquisition. Il devient alors impossible d'opposer le remploi aux tiers ou à l'autre conjoint. Mais, sur ce dernier point, des contestations ont surgi et il apparaît nécessaire de préciser les personnes vis-à-vis desquelles le remploi ne peut être prouvé que par la double déclaration intervenue au moment de l'acquisition.

Cette question une fois résolue, il restera à envisager le fonctionnement de l'article 1434 dans les principales hypothèses où le remploi peut être invoqué, et notamment dans l'exercice des reprises au moment de la dissolution de la communauté.

I. — PERSONNES A L'EGARD DESQUELLES LA DOUBLE DECLARATION, AU MOMENT DE L'ACQUISITION, EST REQUISE (le remploi « à retardement » et l'article 1434)

374. — A première vue, l'article 1434 paraît avoir une portée générale et devoir fonctionner, que le remploi soit invoqué à l'encontre des tiers ou entre époux. De fait, telle était l'interprétation qu'en donnaient la doctrine (118) et la

(117) Sur la possibilité de rechercher la réalité des faits derrière la déclaration de l'article 1434, v. Req., 12 avril 1910, D. 1910. 1. 478 ; rappr. Req., 17 mai 1938, motifs cf. *infra*, N° 380.

(118) Aubry et Rau, VIII, § 507, p. 52 texte et note 71 ; Guillouard, « *Traité du contrat de mariage* », T. II, N°s 481 et suivants. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville « *Contrat de mariage* »,

jurisprudence (119) au XIX[e] siècle et au début du XX[e] ; et telle est encore aujourd'hui l'opinion de M. Morel (120).

Mais un mouvement doctrinal important, suggéré à l'époque récente par M. Nast (121), entend restreindre la portée de l'article 1434. *A l'égard des tiers,* personne ne conteste que l'observation stricte des prescriptions de l'article 1434 s'impose. L'un quelconque des époux ne peut opposer aux tiers le caractère propre du bien acquis en remploi que si la double déclaration a eu lieu dans l'acte d'acquisition. Mais *entre époux,* la doctrine moderne, si elle continue à exiger une déclaration de remploi, dispense du *moment* imparti par l'article 1434 à cette déclaration. Celle-ci peut intervenir postérieurement à l'acte d'acquisition, même s'il s'agit d'un remploi par anticipation. Le remploi « a posteriori » ou à « retardement », comme on l'a qualifié (122), est possible. La jurisprudence la plus récente a cru devoir adhérer à cette opinion. Le 17 mai 1938, la Chambre des Requêtes (123) a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, du 6 novembre 1935, qui l'avait adopté.

375. — Avant d'envisager, sous un angle critique, l'arrêt de la Cour de Cassation lui-même et les commentaires qui en ont été donnés, il importe de retracer les circonstances de l'espèce que la Cour Suprême a eu à juger (124).

Le litige mettait aux prises deux époux mariés sous le régime de communauté réduite aux acquêts. Leur contrat de mariage contenait une clause de remploi facultatif, par simple référence aux dispositions du Code civil ; clause, par conséquent, sans grande importance, comme le remarque M. Morel (125), puisque le remploi était possible sans elle.

3[e] édit., T. I, N° 397 ; Huc, « *Commentaire du Code civil* », T. IX, N° 202. Cette doctrine trouvait son origine dans l'opinion de nos anciens auteurs, v. Pothier, « *Traité de la communauté* », éd. Bugnet, T. VII, p. 133, N[os] 197 et suivants.

(119) V. Req., 25 juin 1883, S. 85. 1. 376 ; Req., 25 janvier 1904, S. 1904. 1. 305, note Lyon-Caen ; Civ., 27 juin 1912, S. 1913. 1. 12 ; Civ., 2 mars 1914, D. 1917. 1. 187.

(120) Note au S. 1939. 1. 137 précitée.

(121) Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, p. 560, note 3 ; Colin, Capitant et J. de la Morandière, Cours III, N° 100 ; Josserand, 2[e] édit., III, N° 85, p. 48 ; Gaudemet, Rev. trimestr., 1932, p. 148 ; Lyon-Caen, note S. 32. 1. 41 *in fine ;* note signée E.P., D. 1938. 1. 73. Alfred Coste-Floret : « *Le remploi à retardement sous le régime de la communauté* », Rev. trimestr., 1942, pp. 169 à 183. Signalons que M. Henry, dans sa thèse (1913), p. 204 b, adoptait déjà, mais sans discussion, cette manière de voir.

(122) Note E.P., D. 1938. 1. 74 col. L.

(123) D. 1938. 1. 73, note E. Pilon ; S. 1939. 1. 137, note Morel.

(124) On trouvera un exposé assez détaillé de cette affaire au début de la note signée E.P. précitée. Nous en donnons ici le résumé nécessaire aux développements qui vont suivre.

(125) Note S. 1939. 1. 139, col. I, § 2.

Le mari, contraint par profession à de longues absences, avait donné à sa femme, en 1921, une procuration générale lui permettant de vendre des biens à elle propres et d'acquérir tous biens meubles et immeubles. En exécution de cette procuration, la femme, en 1921, achetait 20 actions de la Société du Louvre, d'une valeur de 500.000 francs, et les faisait immatriculer à son nom, sans toutefois procéder à aucune déclaration ni d'origine des deniers, ni d'intention de remploi.

De 1921 à 1924, la femme vendit plusieurs fermes lui appartenant en propre, pour un prix de 513.243 francs.

Puis, en 1926, les deux époux signaient un acte sous seing privé, déclarant :

1°) que l'acquisition des 20 actions du Louvre avait été faite en remploi anticipé des deniers à provenir des ventes de propres effectuées de 1921 à 1924 :

2°) que la femme, autorisée de son mari, acceptait le remploi ;

3°) que mention de ce remploi serait ajoutée à l'immatriculation des 20 actions du Louvre.

En 1932, enfin, le divorce était prononcé entre les époux, et la femme considérée comme acceptant la communauté. Elle réclamait alors comme propres, à titre de remploi, 500 actions nouvelles ayant remplacé les 20 actions du Louvre, avec une certaine plus-value, plus la valeur du droit de souscription, soit 600.000 franc. Le mari critiquait cette prétention, invoquant la nullité du remploi tardif et ne reconnaissait à la femme qu'un droit à récompense de 513.243 francs, montant de la vente de ses immeubles propres.

La Chambre des Requêtes a fait droit à la demande de la femme en remarquant que le débat ne concernait pas les tiers et que, par conséquent, il était inutile que l'accord du mari et de la femme, relatif au remploi, intervînt au moment de l'acquisition. « Attendu, dit-elle, qu'il est constant, en fait, que l'opération dont s'agit ne concerne que les droits respectifs des époux et n'intéresse pas des tiers ; que, *dès lors,* rien ne s'oppose à ce que, postérieurement à l'acquisition faite par un des époux, tous deux conviennent d'attribuer les biens achetés comme étant propres à l'un d'eux, à titre de remploi. »

La solution a reçu un accueil très favorable de la part de certains auteurs (126). M. Morel, au contraire, lui adresse de sérieuses critiques (127). Mais, relevant la formule très

(126) E.P. note précitée ; Coste-Floret, Rev. trimestr., 1942, pp. 160 et suivantes.

(127) Note précitée au S. 1939. Le pourvoi reprochait au remploi « à retardement » d'être non seulement contraire à l'article 1434, mais

large employée par la Cour Suprême, tous les auteurs (128) sont d'accord pour reconnaître à cette solution une portée générale et l'étendre au remploi effectué pour le compte du mari et pour discuter, sur la base de cette extension, la question générale du remploi « à retardement » (129). Une telle attitude nous semble méconnaître une distinction aussi importante en droit qu'en fait, et mal poser la question. Aussi croyons-nous devoir préciser ce dernier point avant d'apprécier la régularité de la restriction affectant la portée de l'article 1434.

A. — Position de la question

376. — Le problème se pose différemment, selon que le remploi considéré a été effectué pour le compte de la femme ou pour celui du mari.

1°) *S'il s'agit d'un remploi effectué pour le compte de la femme,* quelques remarques suffisent à préciser l'aspect du problème.

D'abord, le respect de l'article 1434 gêne la femme, sans aucunement la protéger. Si la femme est à même d'administrer, par tous moyens, la preuve de la provenance propre, l'observation de ce texte devient un obstacle à sa prétention puisqu'en l'absence d'une déclaration du mari il s'oppose à cette preuve par tous moyens. Le souci de protection de la femme est donc, en ce cas, écarté. Il était d'autant plus écarté, dans l'espèce jugée en 1938, que la femme avait reçu une procuration de son mari et que les acquisitions et les aliénations avaient été librement effectuées par elle. L'article 1434 ne pouvait que la gêner.

Mais il n'est pas davantage question de protéger le mari. *Le remploi d'un bien de la femme ne peut, en effet, procéder que d'un accord de la femme et du mari.* C'est ce qui résulte de l'article 1434 (complété, en ce cas, par l'article 1435). L'intervention du mari est toujours nécessaire et elle se conçoit au fond, nous l'avons vu, en raison des pouvoirs du mari sur les deniers qui sont tous communs. Le mari est ainsi, automatiquement, protégé par la nécessité de son intervention. Et, sur ce point, la doctrine récente, de même que l'arrêt de 1938, respectent les solutions législatives (130). La preuve

---

encore à l'article 1395. Nous discuterons de ce dernier point en deuxième partie, N°s 676-678.

(128) M. Morel (S. 39. 1. 138, col. I, al. 4) est le plus catégorique à propos de cette extension ; M. M.E.P. et Coste-Floret ne la discutent pas davantage. Elle leur paraît normale.

(129) Les commentateurs de l'arrêt de 1937 (MM. Morel, E.P., Coste-Floret) ne font en cela que suivre les opinions émises avant cette date. V. Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*

(130) Dans l'espèce de 1938, le mari avait, certes, donné une procuration permettant à la femme d'effectuer toutes acquisitions. Mais cette procuration n'avait pas prévu le remploi. Or, on conçoit

elle-même ne peut donc résulter que d'un accord des deux époux. Seul, le respect du moment imparti par l'article 1434 à l'une des volontés (celle du mari) est supprimé. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point et ne parlent de remploi à retardement que « conventionnel », ce qui était, du reste, le cas dans l'espèce jugée en 1938 (131).

377. — 2°) Mais, ce qui est surprenant, ils n'envisagent pas la question différemment lorsqu'il s'agit *du remploi d'un bien du mari* (132).

Ce qui est interdit, disent les auteurs, c'est que, par sa seule volonté, l'un des époux s'attribue le bien à titre de propre si la double déclaration prescrite par l'article 1434 n'a pas été faite lors de l'acquisition. Une convention est alors nécessaire, aussi bien pour le remploi d'un bien du mari que pour celui d'un bien de la femme. Or, ajoute la doctrine, cette convention tardive ne trouve pas d'obstacle dans le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales puisque le patrimoine de l'époux, qui profite de l'acquisition, n'est pas augmenté aux dépens de la communauté (133).

---

que le remploi, ouvrant la possibilité d'un passage indû d'une valeur, d'un patrimoine dans un autre, doive faire l'objet d'une confiance particulière et, par conséquent, d'une procuration spéciale. Le mari n'ayant pas manifesté sa confiance envers sa femme pour ce mode de gestion particulière, il était normal d'exiger son accord ultérieur.

(131) V. *supra*, N° 375. Cette « convention » de remploi est, du reste, d'une nature particulière. Le consentement qu'y donne la femme est normal en ce sens qu'il concerne le fond même de l'opération (cf. *supra*, N° 360). Le consentement du mari, au contraire, est, en principe, requis par l'effet d'une règle de preuve qui réagit sur le fond (cf. *supra*, N°s 371 et 371 bis). En réalité, l'acceptation de la femme ne répond pas spécialement à la déclaration de volonté du mari, mais *au fait* que le mari, sans en avoir le mandat, a géré l'affaire de la femme. L'acceptation de celle-ci ne paraît pas devoir créer de convention, davantage que la ratification du maître de l'affaire dans la gestion d'affaires. Si, toutefois, avec les auteurs, on parle de convention, il faut au moins en souligner la nature particulière.

(132) V. Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*; Colin, Capitant et J. de la Morandière, III, N° 100, p. 94 ; E.P. et Coste-Floret, *op. cit.* M. Morel (*op. cit.*) n'envisage pas, sur le terrain de l'article 1434, l'hypothèse d'une convention qui, pour lui, serait contraire à la règle de l'art. 1395. Cette raison le conduit à annuler, sur la base de l'art. 1395, tous les remplois « à retardement » pour le compte de la femme, puisqu'ils ne peuvent jamais résulter que d'une convention et les remplois « à retardement » pour le compte du mari lorsqu'ils ont lieu en vertu d'un accord analogue. Par conséquent, quand il condamne le remploi « à retardement » sur la base du seul art. 1434, cet auteur, implicitement, ne vise que le remploi d'un bien du mari (*op. cit.*, p. 138, col. 1 et 2). Mais cette distinction n'est pas expressément relevée par M. Morel qui, au contraire, est très net sur l'assimilation des deux questions et qui, de toute façon, déclare nuls tous les remplois tardifs.

(133) V., notamment, Planiol, Ripert et Nast, VIII, p. 560, note 3 précitée.

Que le remploi à retardement ne soit pas contraire à l'article 1395 du Code civil, c'est un point que nous démontrerons ultérieurement (134). Là n'est pas, pour le moment, la question qui est de savoir si cette convention tardive est un mode de preuve convenable du remploi du mari dans ses rapports avec la femme ; qui est même, plus précisément, de savoir si cette convention est le seul mode de preuve possible lorsque le moment imparti par l'article 1434 n'a pas été respecté. Si l'on pose ainsi la question, la différence avec le remploi pour le compte de la femme apparaît clairement.

Où prend-on, en effet, que le mari ne peut opposer son remploi à la femme que si celle-ci y a consenti ? Si l'on estime que seul le moment imposé par l'article 1434 n'est pas obligatoire entre époux et que l'article 1434 demeure de rigueur pour le surplus, c'est au remploi par déclaration unilatérale du mari que l'on arrive. Il est impossible, si l'on reste sur le terrain de l'interprétation de l'article 1434, de faire du consentement de la femme une condition nécessaire à l'accomplissement du remploi pour le compte du mari. Quel que soit le désir que l'on éprouve de combler la lacune ouverte par la dispense de déclarer le remploi au moment de l'acquisition, on ne peut trouver, dans l'article 1434, aucune justification d'un accord nécessaire de la femme. L'article 1434 ne crée pas une alternative entre le moment de la déclaration du mari et l'accord de la femme. Ce serait méconnaître la loi que de l'interpréter ainsi.

Si donc, avec les auteurs, on interdit au mari d'opposer à sa femme un remploi par déclaration unilatérale tardive, c'est l'article 1434 pur et simple que l'on doit appliquer, et il ne fait aucune place à l'accord de la femme.

Si, au contraire, on dispense le mari d'avoir à déclarer son remploi au moment de l'acquisition, on rompt toute l'économie du système établi par l'article 1434, qui est alors hors de cause. Mais cette mise à l'écart de l'article 1434 ne fait pas, pour autant, retomber sur la nécessité d'une convention. L'article 1434 n'étant plus respecté, c'est, en effet, au droit commun de la preuve que l'on arrive. Dans cette conception, le mari devrait être admis à prouver, par tous moyens, l'origine personnelle des deniers employés à l'acquisition. Et, là encore, on chercherait en vain un principe exigeant l'accord de la femme. Ce consentement, s'il était intervenu, ne serait qu'un moyen, mais non le seul, d'administrer la preuve de l'origine des deniers. Et encore devrait-on réserver la possibilité d'une preuve contraire, comme nous l'établirons ultérieurement. Mais, de toute façon, ce consentement de la femme ne saurait être une nécessité et

(134) V. *infra*, N^os^ 676 et suivants.

constituer pour le mari le seul mode de preuve. Seul, le législateur est à même d'édicter une telle règle ; la jurisprudence ne peut la créer et la doctrine ne devrait pas l'admettre.

Remarquons, du reste, que le mari, selon les règles du droit commun, ne pourrait, pour opposer le remploi à sa femme, se contenter d'une déclaration unilatérale tardive ; il devrait, pour y parvenir, fournir toutes justifications de nature à établir que les deniers ayant servi à l'acquisition provenaient de la vente d'un bien à lui propre. Nous avons déjà relevé que, malgré cette obligation, il se trouvait incontestablement avantagé par rapport à sa femme (135), qui ne puiserait pas, dans ce système, de sérieuses garanties, comme nous aurons à y insister.

378. — Ainsi, le problème se pose de façon bien différente, suivant qu'il s'agit d'un remploi pour le compte de la femme ou d'un remploi pour le compte du mari. Alors que, de toute façon, le remploi d'un bien de la femme ne peut être opposé au mari que si celui-ci a donné son accord, même tardif, le remploi d'un bien du mari, au contraire, peut s'opposer à la femme sans que celle-ci y ait nécessairement consenti.

Or, il est notable que la doctrine n'a pas raisonné différemment dans les deux cas, et l'arrêt de 1938 semble l'avoir suivie sur ce point. Certes, il n'a admis que le remploi « à retardement » d'un bien de la femme, mais la formule employée est plus générale et permet apparemment l'extension de la solution au remploi d'un bien du mari puisqu'elle déclare que rien ne s'oppose à ce que, postérieurement à l'acquisition, les époux « conviennent d'attribuer les biens achetés comme étant propres à l'un d'eux à titre de remploi ».

Cependant, la manière même, dont nous avons posé la question, nous amène à la discuter et à la résoudre de façon différente dans les deux hypothèses.

B. — Le remploi « a retardement » d'un bien de la femme

379. — Le remploi « à retardement » d'un bien de la femme ne paraît pas encourir de critique décisive. Il faut bien voir, en effet, que dans le cadre d'un accord nécessaire entre les deux époux, le moment auquel le mari donne son consentement importe assez peu, s'il ne s'agit que de protéger le mari et non les tiers contre une fausse affirmation de provenance (136). Le mari intervenant à la déclaration de provenance génératrice du remploi est à même de vérifier l'au-

(135) Cf. *supra*, N° 369.

(136) Rappelons que, dans ce cas, l'article 1434 ne joue pas en faveur de la femme, *supra*, N° 376.

thenticité de cette provenance et de défendre ses intérêts. Et s'il donnait à sa femme une procuration non seulement de vendre et d'acquérir, comme dans l'espèce jugée en 1938, mais encore de faire le remploi, il serait juge au moment de cette procuration de la confiance qu'il met ainsi en son épouse. On peut estimer, dans ces conditions, que la considération de l'origine des deniers, et non le souci de se frauder l'un l'autre, inspirera l'accord. Ce dernier, en tant que mode de preuve, présente donc des garanties suffisantes. Et, par voie de conséquence, l'équilibre entre le patrimoine propre et la communauté est sauvegardé.

Cet accord entre époux ne pourrait porter préjudice qu'aux tiers, si les deux époux étaient d'accord pour opérer une fraude à leur encontre. Mais, en ce cas, l'observation stricte de toutes les prescriptions de l'article 1434 s'impose et met un obstacle à la fraude.

Donc, tant qu'il ne s'agit que du remploi d'un bien de la femme, la solution de 1938 ne recourt à l'article 1434 que quand cet article est nécessaire. Entre époux, la preuve ne pouvant résulter que d'un accord, seul le texte de la loi est sollicité ; mais ni son esprit, ni l'économie du système établi par elle ne sont gravement violés. La nécessité d'un accord procure au mari la même garantie qui résultait, sur le terrain strict de l'article 1434, du moment de la déclaration (137).

380. — Il convient même de remarquer que l'identité entre le système de la Chambre des Requêtes et celui de l'article 1434 est poussée assez loin. Si la convention tardive passée entre les époux présente les mêmes garanties que le système édicté par la loi, elle n'en présente pas plus que lui. De même que la déclaration intervenue au moment de l'ac-

---

(137) On pourrait néanmoins prétendre que l'une des garanties prévues par la loi est supprimée. Dans le système des articles 1434 et 1435, on pourrait être tenté de voir une double garantie : 1°) le moment imparti à la déclaration du mari par l'art. 1434 ; 2°) la nécessité d'une acceptation de la femme (art. 1435). La solution de la Cour de Cassation supprime la première de ces garanties. L'objection ne serait pas pertinente car les deux formalités ne protègent pas la même personne, et seule la première concerne la discussion. 1°) Le moment de la déclaration (art. 1434) ne peut pas protéger la femme qu'il gêne, au contraire, dans sa demande. L'art. 1434 se retourne en faveur du mari. Mais, précisément, le consentement de celui-ci, même postérieur à l'acquisition, le protège tout autant sans porter atteinte à la véracité de l'affirmation de provenance. C'est dans cette mesure, pensons nous, que la solution de 1938 ne méconnaît pas l'esprit de l'art. 1434. 2°) Quant à l'article 1435, il protège sûrement la femme. Mais, encore doit-on observer que son but est de permettre à la femme de refuser un mauvais remploi en se fondant sur le résultat de l'opération (sur ce point, v. *supra*, N° 360). Dans notre hypothèse, la femme, au contraire, réclame le remploi. L'article 1435 est donc hors de la présente discussion.

quisition peut être fictive, de même une erreur a pu se glisser dans la convention passée entre les époux. Le mari, qui se voit opposer le remploi, peut alors prouver contre la convention comme il pouvait prouver contre l'article 1434 (138). L'accord entre les époux, en effet, s'il est le seul moyen de prouver la provenance propre des deniers, ne saurait, plus que l'article 1434 lui-même, créer de présomption irréfragable contre celui à qui on oppose le remploi. Et le mari peut sûrement établir la fausseté de la provenance, indiquée à la convention, sans qu'il soit davantage besoin que dans l'hypothèse de l'article 1434, pour justifier cette possibilité de recourir, comme le font certains auteurs, à la règle « *fraus omnia corrumpit* » (139). Les principes mêmes de la preuve conduisent à cette solution.

C'est pourquoi l'arrêt du 17 mai 1938 a cru devoir relever tout spécialement, et indépendamment de la convention intervenue en 1928 entre les époux, que les deniers provenus des ventes effectuées de 1921 à 1924 n'avaient pas été employés et, par conséquent, représentaient bien la valeur de ceux ayant servi à l'acquisition de 1921. « Attendu, dit la Cour de Cassation, qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt attaqué qu'il n'a pas été établi qu'avant l'acte de 1928 une partie des fonds provenant de la vente des immeubles de la dame X ait été déjà employée. » C'était admettre nettement la possibilité pour le mari de faire échec au remploi invoqué par sa femme, s'il avait pu trouver directement et par tous moyens que la provenance indiquée par l'accord de 1938 était, en réalité, inexacte.

381. — Ainsi, la solution de l'arrêt de 1938 paraît correcte, dans la mesure où elle concerne le remploi d'un bien de la femme. Elle applique l'article 1434 dans les cas où il a toute sa raison d'être, c'est-à-dire à l'égard des tiers. Entre époux, le système adopté par la Cour de Cassation n'est pas strictement conforme au texte de la loi qui ne distingue pas, mais il respecte très certainement l'esprit de l'article 1434 (140).

Aussi comprend-on que la Chambre des Requêtes ait adopté une position dont les avantages pratiques n'ont pas manqué d'être soulignés (141). Comme le remarque implicitement M. Coste-Floret (142), l'admission du remploi « à

(138) V. *supra*, N° 373 texte et note (117).

(139) E.P., note D. 1938. 1. 75, col. 1 : Coste-Floret, *op. cit.*, pp. 173 et 174.

(140) V., notamment, Planiol, Ripert, VIII, par M. Nast, p. 560, note 3, Coste-Floret, *op. cit.*, pp. 173 et 181 à 183.

(141) Coste-Floret, *op. cit.*, p. 183.

(142) Le seul reproche, que l'on pourrait adresser à la convention de remploi, serait d'être contraire à l'immutabilité des conventions

retardement » se rattache à la tendance moderne qui accroît les possibilités pour les époux de faire de bonnes affaires. Ce mouvement, qui ne fait que refléter un courant économique, conduit naturellement à assouplir les exigences formalistes dans le souci de favoriser la rapidité et la facilité des opérations au détriment des facteurs de stabilité des fortunes. Déjà, le remploi par anticipation, dont la validité est depuis fort longtemps reconnue (143), permettait une certaine spéculation. On trouve une autre consécration récente de ce courant dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 11 mai 1931 (144), qui rejette l'interprétation formaliste des articles 1434 et 1435. Le remploi « à retardement » dispensant de toute déclaration et de toute manifestation de volonté contemporaine de l'acquisition va plus loin encore, en permettant aux époux qui le réalisent de profiter d'opérations se révélant favorables. Il a aussi l'avantage, plus précis, de valider le remploi en titres au porteur lorsque l'acquisition résulte d'un ordre donné à un banquier d'acheter en bourse; Il est, pratiquement, très rare que dans cet ordre figurent les déclarations imposées par l'article 1434, à la différence de ce qui se passe pour les ordres adressés à des agents de change.

Mais il n'est possible de favoriser ainsi l'époux bénéficiaire du remploi que si le remploi « à retardement » n'est pas contraire à l'esprit de la loi, c'est-à-dire si l'avantage accordé à un époux ne risque pas de se retourner contre l'autre conjoint. Nous venons de voir que l'équilibre d'intérêts est sauvegardé lorsqu'il s'agit d'un remploi effectué pour le compte de la femme, car le mari y a nécessairement consenti à un moment donné.

Cette raison nous conduit, naturellement, à donner une solution distincte dans le cas d'un remploi effectué pour le compte du mari.

C. — Le remploi « a retardement » d'un bien du mari

382. — La preuve du remploi « à retardement » pour le compte du mari est soumise aux règles du droit commun (145). Ce fait change, évidemment, de la manière la plus catégorique, le sens de l'appréciation que l'on peut porter sur le système proposé par les auteurs et, semble-t-il, adopté par la Chambre des Requêtes en 1938.

---

matrimoniales. Nous verrons, plus tard, que ce reproche serait infondé ; cf. *supra*, N° 237.

(143) V. Req., 23 novembre 1826, D. Jur. Gén. V° contrat de mariage, N° 1443. S. Chr. ; cf. *supra*, N° 237.

(144) S. 32. 1. 41 précité.

(145) Cf. *supra*, N° 377.

Nous avons déjà souligné tous les inconvénients que peut présenter le système du droit commun dans notre matière (*supra,* N° 369). N'imposant pas la nécessité d'une preuve préconstituée, il permet au mari d'invoquer le remploi sur le vu du résultat de l'opération et non sur la considération de l'origine véritable des deniers ayant servi à l'acquisition. Et cette détermination de profiter d'une bonne affaire n'est pas contre-balancée par des garanties probatoires sérieuses. Le mari, administrateur incontrôlé de la communauté et de ses biens personnels, est trop bien placé, par rapport à sa femme, pour opposer à cette dernière, étrangère à sa gestion, des moyens de preuve dont elle serait, le plus souvent, empêchée de démontrer la fausseté. Cette situation est d'autant plus choquante que l'article 1434 écarté, on ne peut, à aucun moment, *imposer* des formalités protectrices de la femme, et notamment l'accord de celle-ci à la déclaration de remploi (146). De sorte qu'en pratique, les solutions résultant du droit commun présentent, à peu de chose près, les mêmes inconvénients que ceux qu'entraîneraient la possibilité pour le mari de prouver le remploi contre sa femme par simple déclaration unilatérale tardive. Le mari est, certes, un peu plus gêné, mais la femme n'est guère mieux protégée. Elle ne pourrait même pas lutter efficacement contre la *fraude* du mari, car, précisément, cette fraude s'absorberait dans le remploi « à retardement » lui-même et s'y retrouverait difficilement comme élément distinct.

Dès lors, l'argument principal, souligné par M. Morel (147), contre le remploi « à retardement » garde toute sa force si on l'applique au remploi d'un bien du mari. L'équilibre voulu et organisé par l'article 1434 est rompu, et le mari peut, sans grande difficulté, profiter des bonnes chances et laisser les mauvaises à la charge de la communauté. C'est, en effet, le *résultat* du mode de preuve choisi par la loi, la mise du remploi à la discrétion du mari, qui importe surtout ici (148).

L'équilibre est rétabli si, au contraire, on se refuse à admettre le remploi « à retardement ». En ce cas, en effet, le bien acquis est toujours commun ; alors, la communauté garde pour elle non seulement les mauvaises, mais encore les bonnes affaires. Elle ne fait donc que courir les risques normaux de tout patrimoine. Elle perd, au contraire, à tous

---

(146) Et si la jurisprudence, devant cette situation, se montrait très sévère pour admettre la preuve de la provenance propre (comp. *infra,* N°s 397 et suivants, la preuve de l'origine des biens réservés de la femme), cette sévérité se retournerait contre le mari et aboutirait à refuser des remplois justifiés. De toute façon, le système serait défectueux.

(147) Note S. 39. 1. 138, col. 2.

(148) V. *supra,* N°s 371 et suivants.

les coups, avec le remploi « à retardement », qui ne laissera à sa charge que les mauvaises affaires.

C'est donc à tort que l'on a pu faire valoir (149), en faveur du remploi « à retardement », l'utilité et les avantages qu'il présente pour les époux. Ces avantages sont certains pour l'époux bénéficiaire du remploi. Mais là n'est pas du tout le centre du débat. Ce que l'on peut reprocher au remploi « à retardement » c'est d'être trop avantageux pour le mari qui l'opère pour son compte, au détriment de la communauté et, par conséquent, de la femme ; c'est donc de rompre entre les époux et la communauté l'équilibre imposé par la loi.

En définitive, le respect du moment imparti par l'article 1434 a toute sa raison d'être lorsqu'il s'agit d'un remploi pour le compte du mari. Ce respect seul protège la femme en forçant le mari à prendre à l'avance (au moment de l'acquisition) les mauvaises chances comme les bonnes à son compte, ou à laisser les bonnes comme les mauvaises pour le compte de la communauté.

383. — On invoquerait en vain, à l'encontre de la nécessité de maintenir rigoureusement cet équilibre, l'article 1435 du Code civil, qui permet à la femme, jusqu'à la dissolution de la communauté, de refuser le remploi d'un bien *à elle propre* effectué par le mari. Il est certain que ce texte laisse à la femme la possibilité de se décider, suivant que le remploi présente ou non des avantages pour elle (150). Mais on ne peut tirer de là aucune raison d'extension au remploi du mari. L'article 1435 vise l'hypothèse d'un remploi effectué par le mari pour le compte de la femme, *sans que cette dernière ait été appelée à l'acquisition.* Or, le mari a certainement eu tort d'agir ainsi. Administrateur du pratrimoine propre de la femme, il n'a pas, pour autant, le pouvoir d'acheter pour le compte de celle-ci. Il devait donc appeler sa femme à l'acte d'acquisition. En ne le faisant pas, il a commis une faute. A supposer la provenance propre des deniers remployés incontestable et incontestée, la loi (article 1435) donne à la femme la possibilité d'attendre et de n'accepter le remploi que si l'affaire lui convient. Mais, précisément, une telle solution est spéciale à la femme et ne saurait s'appliquer au remploi d'un bien du mari. Un tel calcul de la part du mari ayant géré son propre patrimoine serait foncièrement contraire à l'esprit de l'article 1435 comme à celui de l'article 1434.

384. — Mais on a invoqué, contre le respect de l'article

(149) Coste-Floret, *op. cit.*, pp. 173, 181 et 183.
(150) Cf. *supra*, N° 360.

1434 et de l'équilibre patrimonial, qu'il maintient un autre argument en apparence plus embarrassant. Les objections soulevées pour condamner le remploi « à retardement », dans la mesure où ce dernier permet au mari de profiter des bonnes chances en laissant les mauvaises à la charge de la communauté, a-t-on dit, pouveraient trop. Si elles étaient admises, « il faudrait, en effet, condamner la validité du remploi par anticipation ». Car, en ce domaine aussi, l'époux, en particulier le mari, effectuera ou non le remploi selon qu'il le juge à propos, c'est-à-dire selon que l'acquisition effectuée par anticipation se révèlera avantageuse ou non pour lui, selon qu'elle aura augmenté de valeur ou se sera dépréciée. Or, malgré cette constatation, une jurisprudence constante a admis la validité du remploi par anticipation. C'est donc que l'argument économique (rappelé par M. Morel) « ne vaut pas » (151).

a) L'argument a du poids. Mais, à l'analyse, il n'est pas convaincant. Le résultat, bon ou mauvais, du remploi, dépend de la valeur qu'aura prise, par la suite, le bien acquis. Si l'on veut apprécier l'esprit de la déclaration de remploi, c'est donc par rapport au moment de *l'acquisition* qu'il faut se placer. Tant que l'époux manifeste l'intention d'acquérir à titre de remploi, au moment de l'acquisition, on doit admettre qu'il tente une bonne affaire dont il court le risque, ce qui est parfaitement normal et licite ; et nous avons vu qu'à ce moment la déclaration d'origine des deniers présente de suffisantes garanties de véracité. Par contre, si l'opération est décidée après l'acquisition, à un moment où l'on sait si l'affaire a été bonne ou mauvaise, il y a trop de chances pour que la considération de ce résultat soit le principal mobile de la décision.

Or, à cet égard, le remploi par anticipation se rapproche, *dans son principe*, non pas du remploi « à retardement », mais du remploi normal prévu par l'article 1434. Dans les deux cas, l'opération se décide au moment de l'acquisition, c'est-à-dire à un moment où on essaie de réaliser une affaire fructueuse dont on accepte les chances. Dans ce cas, le remploi par anticipation a été admis pour faciliter au mari la possibilité de tenter de bonnes affaires pour son compte (ou pour celui de sa femme (152).

Une occasion d'acheter se présente dans de bonnes conditions sans qu'aucune aliénation de propre ait précédé. On permet néanmoins au mari de risquer sa chance personnelle en faisant cette acquisition pour lui, à titre de remploi d'une vente propre projetée. Mais, pour autant, on exige de lui

(151) Coste-Floret, *op. cit.*, p. 173.

(152) L'hypothèse du remploi d'un bien de la femme ne nous intéresse pas ici.

que l'intention d'agir pour son propre compte intervienne au moment de cette acquisition. Tel est l'esprit du remploi par anticipation. On voit qu'il ne renverse pas l'économie de l'article 1434, car, dans son principe, il ne permet jamais que de *tenter* de bonnes affaires dans de meilleures conditions.

b) Certes, la déclaration faite dans l'acte d'acquisition n'est pas sanctionnée par l'obligation pour le mari de vendre, par la suite, un bien à lui propre. Or, la réalisation du remploi étant subordonnée à cette aliénation postérieure, il est clair qu'il sera loisible au mari de remployer ou de laisser son acquisition pour le compte de la communauté, suivant que ladite acquisition aura augmenté de valeur ou se sera, au contraire, dépréciée, et ceci sans que sa femme puisse efficacement se protéger (153). Cette objection est exacte, mais on ne doit pas en exagérer la portée et, notamment, fonder sur elle, par analogie, la validité du remploi « à retardement ». Si la déclaration de remploi anticipé n'est pas assortie d'une sanction adéquate, elle n'est pas pour autant dépourvue d'effet. A cet égard, deux remarques s'imposent :

α) Il importe d'abord de souligner que la possibilité pour l'époux (en notre hypothèse le mari) d'agir suivant le sort pris par l'acquisition n'est pas de l'essence du remploi par anticipation et n'en reflète aucunement l'esprit. Il s'agit là d'une lacune du système. Le remploi par anticipation a été validé malgré cette lacune ; certainement pas à cause d'elle. Du reste, certains auteurs se sont opposés au remploi par anticipation en raison précisément de ce défaut (154).

Mais le remploi par anticipation garderait tous ses caractères et toute son utilité si cette lacune était comblée par l'organisation d'un système sanctionnant le défaut par le mari de donner suite à l'opération projetée. Il ne faut donc pas dire que le remploi « à retardement » est valable parce que le remploi par anticipation l'est aussi. Le remploi par anticipation est valable parce que, dans son essence, il permet plus facilement que le remploi ordinaire et, avec une plus grande sécurité (on est plus sûr que les deniers trouvent leur emploi), de tenter de bonnes opérations, ce qui est

---

(153) Si le remploi par anticipation se fait pour le compte de la femme, le mari est à peu près dans la même situation, car il ne peut pas contraindre sa femme à vendre. Mais s'il s'agit d'un remploi par anticipation effectué « à retardement » (espèce de 1938), c'est-à-dire d'une déclaration tardive mais concernant l'acquisition, l'accord du mari est de nouveau nécessaire, celui-ci est donc protégé puisque, par hypothèse, l'aliénation ultérieure a déjà eu lieu. C'est donc bien à propos du remploi « à retardement » que la différence entre les deux situations apparaît.

(154) Ce sont d'anciens auteurs : Bellot-Des Minières, *Du contrat de mariage*, 1825, T. I, p. 51 ; Odier, *Traité du contrat de mariage*, 1847, T. I, N° 326.

conforme à l'article 1434, mais étranger au remploi « à retardement » dans lequel on veut profiter d'une acquisition qui s'est déjà révélée fructueuse et qu'il n'est donc plus question *de risquer*. Et la considération de ces avantages que procure le remploi par anticipation a conduit à tolérer une lacune regrettable que l'on peut fort bien condamner en elle-même sans rejeter nécessairement tout le système du remploi par anticipation. Or, ce qui n'est qu'une lacune accessoire dans le remploi par anticipation, devient la base même du remploi « à retardement », dont l'esprit ne peut être que favorable au mari sans que la femme soit aucunement protégée.

6) Mais, peut-on penser, il n'en reste pas moins que la considération de l'imperfection n'a pas été un obstacle à l'admission du remploi par anticipation ; pourquoi s'opposerait-elle au remploi « à retardement » ? Certes, théoriquement, elle a une place beaucoup plus grande dans le second cas que dans le premier, mais, en pratique, les défauts sont aussi sensibles dans un cas que dans l'autre.

A cette objection d'ordre pratique, une deuxième remarque apporte la réponse. Le remploi par anticipation est non seulement d'un esprit différent du remploi « à retardement », mais encore les conséquences pratiques de son imperfection sont d'une gravité plus restreinte. Est-il bien certain, en effet, que le défaut par le mari de donner suite à la déclaration de remploi anticipé ne soit aucunement sanctionné ? Le fait absolument essentiel que le mari ait déclaré son projet de remploi au moment de l'acquisition va créer, contre lui, une présomption très défavorable dans le cas où il ne procéderait pas, par la suite, à la vente projetée. La déclaration originaire joue, ici encore, en faveur de la femme. Cette dernière sera dans une bien meilleure position pour faire suspecter de fraude l'inaction de son mari et, pratiquement, il incombera à celui-ci de justifier son abstention et de donner la raison pour laquelle, après avoir eu l'intention d'acquérir à titre de propre, il a préféré laisser le bien à la communauté. Il ne fait pas de doute que la femme ait, en ce cas, la possibilité de démontrer la fraude du mari (155). La conséquence ne serait, du reste, pas de rendre le bien acquis propre, mais d'engager la responsabilité du mari envers la femme qui recevrait ainsi la compensation du préjudice à elle causé par la mauvaise affaire subie par la communauté. Il faut noter, au surplus, que les principes généraux que nous avons dégagés sur la force probante de la déclaration de remploi (156) s'appliquent normalement au

(155) Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 505, p. 559.
(156) Cf. *supra*, N° 373.

remploi par anticipation. La femme pourrait prouver le caractère frauduleux du remploi effectué par le mari, conformément à la déclaration pourtant faite par lui, si elle démontrait qu'en fait le mari n'avait pas, en faisant cette déclaration, l'intention sérieuse d'aliéner prochainement un bien à lui propre (157) ou encore si elle démontrait que, malgré le caractère sérieux de la déclaration, le mari a, en réalité, attendu pour vendre que le bien acquis ait bénéficié d'une plus-value (158).

Toutes ces règles marquent bien le souci de sanctionner dans le remploi par anticipation, comme dans le remploi ordinaire, une décision inspirée par un autre motif que le maintien d'une valeur propre. Notamment la possibilité pour la femme de poursuivre le mari ayant refusé de vendre, rendue assez facile par le fait qu'au moment de l'acquisition le mari avait déclaré son intention de remployer, rend le remploi par anticipation considérablement moins dangereux que le remploi « à retardement ». Dans le remploi par anticipation, la déclaration faite par le mari au moment de l'acquisition n'est pas dépourvue d'effet. L'existence même de cette déclaration est un indice que la femme peut utiliser pour soumettre l'activité du mari à un contrôle effectif. On peut donc conclure que le remploi par anticipation, tant par son fonctionnement pratique que par son principe, méconnaît beaucoup moins l'article 1434 que le remploi « à retardement ». Tout au plus présente-t-il une lacune. Mais cette imperfection, qu'il est pratiquement possible de découvrir et de pallier, ne traduit pas l'esprit de tout le système.

Or, ce qui n'est qu'une lacune, en quelque sorte isolée, dans le remploi par anticipation affecte toute l'économie du remploi « à retardement ». Dans ce dernier cas, la femme ne bénéficie d'aucune protection, ni d'aucune garantie de la sincérité du mari. Le fait même que celui-ci n'ait eu à manifester aucune intention avant que les chances de l'opération ne se déssinent et soit, par la suite, pratiquement libre de sa décision, prive la femme de tout secours contre un pouvoir si peu contrôlé qu'il risque fort de s'exercer contre elle. Certes, la femme a toujours un recours contre la fraude du mari. Mais comment ira-t-elle reconnaître cette fraude dans un système qui, pour ainsi dire, se l'incorpore ? Aucun élément facilement décelable ne jette ici un jour révélateur sur l'activité du mari. La mauvaise foi ou la fraude de ce dernier se perd dans le jeu normal du remploi « à retardement » ; il devient pratiquement impossible de l'y retrouver. C'est donc l'admission même du principe du remploi « à retardement » qui constitue le danger et qui, en pratique, abou-

(157) Aubry et Rau, 5e édit., T. VIII, § 507, note 64.
(158) Planiol, Ripert et Nast, *op. cit.*

tit à rompre un équilibre que la loi a voulu faire respecter. Admettre le remploi « à retardement » est donc aller beaucoup plus loin, dans la voie de l'affranchissement du mari, que lui permettre simplement le remploi par anticipation. Si l'on veut éviter ce résultat, qui paraît contraire au vœu de la loi, c'est le principe même du remploi « à retardement » qu'il faut rejeter. L'application de l'article 1434 trouvant ici toute sa raison d'être, il est arbitraire de l'écarter.

385. — Le remploi « à retardement » apparaît donc comme juridiquement incorrect, dans la mesure où il est étendu aux biens du mari. Dans cette mesure, c'est la mise à l'écart de l'article 1434 qui est critiquable. Et l'on ne doit pas invoquer, pour la justifier, le fait que le régime de communauté n'est pas un régime de défiance (159).

Ce principe, incontestable dans sa généralité, n'a pas détourné le législateur d'imposer un minimum de garanties particulières. L'article 1434 constitue l'une de ces garanties. Sur ce point spécial, la loi a donc manifesté une certaine méfiance. C'est de cet esprit particulier que l'on doit s'inspirer pour interpréter l'article 1434 et non du principe général auquel ce texte apporte justement une exception. Certes, l'esprit général de confiance du régime de communauté conduit, fort justement, à ne pas trop s'attacher à la lettre même du texte. C'est ainsi que le remploi par anticipation a pu être validé et que le remploi « à retardement » paraît correct tant qu'on ne l'applique qu'aux biens de la femme. Dans ces deux cas, l'esprit de la loi est respecté, puisque l'on aboutit à un système de garanties réalisant l'équilibre que la loi vise à atteindre. Mais le remploi « à retardement » ne peut être admis s'il concerne les biens du mari, car, alors, il est contraire non seulement au texte, mais surtout à l'esprit de l'article 1431. Du reste, certains auteurs, favorables pourtant à l'admission du remploi « à retardement », ont bien senti la faiblesse du système qu'ils qualifient de « contestable, mais satisfaisant pratiquement » (161).

386. — Les avantages pratiques du remploi « à retardement » ont certainement inspiré la doctrine moderne et l'arrêt de la Chambre des Requêtes, de 1938. Ils sont réels et particulièrement sensibles pour le remploi en valeurs mobilières, notamment en titres au porteur. Dans les achats en Bourse, faits par intermédiaire, la double déclaration n'existe pratiquement jamais. Certes, M. Morel (161) fait remarquer que cette déclaration peut parfaitement intervenir, dans

(159) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, T. I, N° 381, p. 361.
(160) Josserand : cours, 2e édit., T. III, N° 85.
(161) Note S. 39. 1. 139, col. 2, § 3.

l'ordre d'achat transmis à l'agent de change ou même au banquier. La déclaration serait alors contemporaine de l'acquisition et satisferait à l'article 1434.

Cette remarque est évidemment exacte. Mais il n'en reste pas moins que les opérations de bourse ne sont utiles que si elles sont accomplies avec une certaine rapidité. Il y a, par suite, peu de chances que l'usage s'accommode de formalités alourdissantes. En tout cas, la pratique est aujourd'hui contraire ; à cet égard, le remploi « à retardement » présente les plus sérieux avantages.

Mais, ce qu'il importe surtout de relever, c'est que ces avantages concernent l'époux bénéficiaire du remploi et font courir d'autant plus de dangers à la communauté et, par conséquent, à l'autre époux. Il y a là un conflit entre deux préoccupations opposées : le souci de favoriser un époux en lui facilitant les opérations qui présentent pour lui les plus grands intérêts et, pour cela, de permettre la rapidité et la sécurité de ces opérations par un assouplissement du formalisme ; et le souci de conserver à la communauté les garanties d'exacte observation des règles légales sur la stabilité et l'équilibre des patrimoines. Or, il est notable que, de plus en plus, la première considération l'emporte sur la seconde. Ce n'est, du reste, là que l'une des manifestations d'un mouvement beaucoup plus général, qui consiste à faire prévaloir les tendances individualistes sur les intérêts communs. Les expressions les plus typiques et les plus communes de ce mouvement se trouvent, dans des mesures telles que la loi du 13 juillet 1907, sur les biens réservés de la femme mariée, dans l'usage répandu, réduisant la communauté aux acquêts en excluant telle ou telle valeur importante de la communauté, etc... (162).

Dans la matière plus particulière du fonctionnement du remploi, l'évolution se marque très nettement par une atténuation des précautions probatoires auxquelles l'accomplissement de la subrogation est normalement subordonné. Déjà, l'admission du remploi « à retardement » d'un propre de la femme, grâce à une interprétation libérale du texte de l'article 1434, conduisait, dans l'intérêt propre de chaque époux, à tolérer l'atteinte limitée, mais réelle que nous avons signalée aux garanties de la communauté contre le peu de scrupules de l'époux bénéficiaire du remploi. L'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 11 mai 1931 (162 bis), précédemment rencontré, apporte un nouvel appoint à ce mouvement en rejetant tout formalisme contraignant. L'arrêt du 17 mai 1938, enfin, s'inscrit dans la même tendance et procède du

(162) Sur ce mouvement, v. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N^{os} 163 et 164 ; Aubry et Rau, VIII, § 505, notes Bartin 3, 5 bis et ter.

(162 bis) Cf. *supra*, N° 367, note (100).

même état d'esprit, dont le résultat est d'élargir le domaine du remploi, pour le plus grand profit des intérêts propres. L'extension de la solution au remploi, effectué pour le compte du mari, entre dans la ligne de l'évolution.

Mais, ici, le pas franchi dans la voie depuis longtemps ouverte, est d'importance, car les garanties de la communauté et de la femme ne sont plus seulement altérées ; elles sont franchement méconnues. Aussi, le remploi « à retardement », pour le compte du mari, paraît-il contraire au but et à l'esprit de l'article 1434 et, par suite, est condamnable. Il convient, toutefois, d'insister sur l'accueil très favorable que la doctrine et, semble-t-il, la jurisprudence lui réservent aujourd'hui malgré ses graves lacunes. Cette attitude indique que l'on est disposé à aller beaucoup plus loin qu'autrefois dans le sens du sacrifice des garanties, même lorsque celles-ci paraissent imposées par la loi. Le fait est là. On ne peut le méconnaître. Le remploi « à retardement », pour le compte de la femme, a toutes chances d'être maintenu, car il est avantageux pour la femme et sans danger réel pour le mari. La même opération pour le compte du mari, nettement imparfaite et juridiquement incorrecte, risque fort, néanmoins, d'être validée chaque fois que la femme y aura donné son accord, malgré le peu d'importance que peut avoir cet accord en droit. Force est donc, dans l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence, d'admettre la solution comme reflétant l'état du droit positif, ce qui ne l'empêche pas de mériter les plus vives et les plus justes critiques (163).

II. — JEU DES ARTICLES 1434 ET 1435 DANS L'EXERCICE DES REPRISES

387. — La matière des reprises offre un bon exemple de fonctionnement des articles 1434 et 1435 sous le régime de communauté (164). La preuve des reprises est soumise à un régime d'ensemble prévu, notamment en matière mobilière, par les articles 1499 et 1504 du Code civil. Il est intéressant de vérifier comment la preuve de l'origine des deniers rem-

(163) Si la Cour de Cassation paraît très ferme sur ses positions, il n'est pas dit que les juridictions inférieures s'y rangeront sans résister. On peut déjà voir un effort de limitation de la théorie instaurée par la Cour Suprême dans un jugement du Trib. Civ. de la Rochelle du 25 mars 1942, J.C.P. 1942, II, 1944. M. H. Rousseau, dans sa note sous ce jugement, marque, sans du reste y insister, son hostilité au remploi « à retardement ».

(164) Ce n'est évidemment pas le seul exemple. La preuve de l'origine du bien de remploi peut être administrée par un créancier de la femme, prétendant saisir ce bien, ou le soustraire à la saisie des créanciers communs ; on peut alors se demander si l'article 1434, qu'on impose aux époux pour qu'ils puissent opposer le remploi aux

ployés s'insère dans ce régime (165). Chaque époux prétendant reprendre un bien déterminé à titre de propre, par l'effet du remploi, doit prouver ce remploi à l'égard soit de son conjoint, soit des tiers. Le régime général de la preuve des reprises, qui ne prévoit pas spécialement cette hypothèse, ne la régit pas moins en principe. Les articles 1434 et 1435 régissant spécialement le remploi doivent, de leur côté, recevoir application. Il faut donc les combiner avec le régime général de la preuve des reprises. A ce double égard, le régime de la preuve varie selon que celle-ci est administrée à l'égard des tiers ou entre époux.

A. — Preuve a l'égard des tiers

388. — Cette preuve est soumise aux articles 1434 et 1435 qui reçoivent, ici, leur pleine application (166).

En matière immobilière, les articles 1434 et 1435 jouent normalement. L'époux, prétendant opposer aux tiers le remploi immobilier, doit prouver celui-ci par la double déclaration faite par le mari dans l'acte d'acquisition.

En matière mobilière, les articles 1434 et 1435 doivent se combiner avec l'article 1499, al. 1er, du Code civil, qui soumet la preuve générale des reprises, à l'égard des tiers, au droit commun. Quel que soit le droit commun auquel renvoie ce dernier texte (167), il ne peut être interprété comme faisant échec aux articles 1434 et 1435 spécialement conçus en vue du remploi, à la différence de l'article 1499 (168). Les articles 1434 et 1435 exigeant la double déclaration

---

tiers, se retourne contre ceux-ci en les empêchant d'invoquer le remploi pour lequel la double déclaration n'existerait pas. Le fait que les créanciers peuvent prouver l'inexactitude de la double déclaration quand elle existe (*supra*, N° 373) invite à leur permettre la preuve inverse, c'est-à-dire la provenance propre en l'absence de déclaration de remploi. Mais une telle preuve serait pratiquement toujours très difficile. Au surplus, l'article 1434 protège *tous* les tiers, les créanciers communs et ceux du mari comme ceux de la femme. Il semble donc que l'intérêt des créanciers communs ou du mari interdise au créancier personnel de la femme de prouver le remploi d'un bien de celui-ci en l'absence de la double déclaration.

(165) Pour la preuve des actes d'acquisition dans l'exercice des reprises, cf. *supra*, N° 354. Naturellement, la femme doit toujours prouver spécialement qu'elle a accepté, avant la dissolution de la communauté, le remploi fait pour son compte par son mari (art. 1435). Cette preuve s'administre par écrit, sauf impossibilité pour la femme de se procurer cet écrit (cf. Planiol et Ripert, IX, par Nast, N° 812, note 1). Mais cette acceptation de la femme porte, en réalité, sur tout le remploi au fond et non sur l'origine des deniers (cf. *supra*, N° 360). Elle est étrangère à notre propos.

(166) Cf. *supra*, Nos 374 et suivants.

(167) Droit commun de la preuve des droits ou droit commun de la preuve sous le régime de communauté, cf. Planiol, III, N° 1250, 5° ; Ripert et Boulanger, III, Nos 879 et suivants.

(168) Cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 812.

du mari consignée dans l'acte d'acquisition (169) supposent la preuve par écrit non seulement de l'acte d'acquisition, mais encore de l'origine des deniers remployés, quel que soit le montant de ceux-ci. Le régime auquel on est ainsi conduit est donc, en réalité, plus strict que celui du droit commun. Cette rigueur se trouve même renforcée lorsque la femme exerce sa reprise dans la faillite du mari. L'article 558 du Code de commerce impose alors, lorsque les deniers proviennent de successions, donations ou testaments, une preuve « par inventaire ou par tout autre acte authentique » de l'origine des deniers. Cette exigence s'ajoute à celle de la déclaration de remploi dans l'acte d'acquisition. L'article 558 du Code de commerce reflète l'état du droit antérieur à la loi du 29 avril 1924, qui a modifié l'article 1499 du Code civil et l'article 860 du Code de commerce. A cette époque, la jurisprudence exigeait la preuve authentique de l'origine des deniers (170). La loi du 19 avril 1924, en remplaçant cette preuve par celle du droit commun, a omis de modifier l'article 558 du Code de commerce, comme elle l'a fait pour les articles 1499 du Code civil et 560 du Code de commerce. C'est pourquoi l'article 558 du Code de commerce doit avoir son application strictement limitée aux cas qu'il prévoit (171).

B. — Preuve entre époux

389. — En ce cas, les articles 1434 et 1435 sont exclus, en ce sens qu'un époux peut opposer le remploi à l'autre sans que la double déclaration du mari soit intervenue lors de l'acquisition (172). Cette règle jurisprudentielle crée une situation fort différente, selon que le remploi s'effectue pour le compte du mari ou pour celui de la femme (173). Cette distinction se trouve, au surplus, confirmée par le régime général de la preuve des reprises.

1°) *Remploi d'un bien du mari.*

390. — S'il s'agit d'un remploi effectué en *immeuble*, le Code civil ne prévoit aucune règle particulière de preuve de la reprise. L'article 1434 étant écarté, par la jurisprudence et une partie de la doctrine, la seule solution logique serait, en l'absence de déclaration de remploi lors de l'acquisition,

---

(169) Il en est ainsi dans l'interprétation admise, cf. *supra*, N° 358 texte et note (80).

(170) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 428.

(171) V., sur ce point, Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, 812, note (2).

(172) Cf. *supra*, N°s 374 et suivants.

(173) Cf. *supra*, N°s 376 et suivants.

de permettre au mari de prouver l'origine des deniers par tous moyens puisqu'il s'agit d'un simple fait (174).

Certes, si l'on admettait, avec la doctrine récente et conformément, semble-t-il, aux expressions larges employées par l'arrêt de la Cour Suprême du 17 mai 1938 (175), que le remploi pour le compte du mari exige l'accord de la femme, il y aurait convention de remploi et elle devrait se prouver par écrit. Mais nous avons dénoncé l'inexactitude de cette conception (176) qui ne trouve de fondement ni dans l'article 1434, ni dans le droit commun. En réalité, le mari étant dispensé de déclarer le remploi lors de l'acquisition, c'est toute l'économie de l'article 1434 qui est méconnue, et ce texte doit être totalement écarté. De sorte que l'on n'aboutit même pas au remploi par déclaration unilatérale tardive (qui ne pourrait se prouver que par écrit), laquelle n'aurait aucun sens, mais bel et bien au droit commun de la preuve de la provenance, qui n'exige aucun accord de la femme et permet de prouver par tous moyens le fait de provenance. Ce résultat est, à coup sûr, défectueux (177). Mais il souligne simplement les défauts du remploi « à retardement », pour le compte du mari et la nécessité de respecter l'article 1434 en cette hypothèse.

391. — Lorsque le remploi porte sur un *meuble,* le vice du système se trouve atténué par les règles de preuve des reprises mobilières. L'article 1504 du Code civil s'applique alors, et il exige que l'acquisition soit constatée par un inventaire.

S'il ne fait pas de doute que ce texte, malgré ses termes, régit les reprises en nature (178) s'il concerne certainement l'acquisition du meuble (179), la question se pose de savoir, s'il s'applique précisément à la preuve de l'origine des deniers employés à cette acquisition. La réponse affirmative paraît s'imposer. L'inventaire, en effet, ne constate pas seulement l'acquisition d'un meuble ayant telle consistance et valeur, mais encore une acquisition *à titre de propre.* L'article 1504, du reste, ne parle pas du mobilier qui échoit aux époux, mais à chacun d'eux. Or, dans l'hypothèse du remploi, le caractère propre du meuble acquis dépend de l'origine des deniers. Par suite, l'inventaire doit constater cette origine. C'est, du reste, ce qui existera pratiquement toujours en ce cas. Le mari doit donc, en principe, prouver par l'inventaire

(174) Cf. *supra,* N° 377. Rappelons que l'acte d'acquisition se prouve par écrit : cf. *supra,* N° 354, a).
(175) Cf. *supra,* N° 375.
(176) Cf. *supra,* N° 375.
(177) Cf. *supra,* N° 369.
(178) Cf. Planiol et Ripert, VIII, par M. Nast, N° 436.
(179) Cf. *supra,* N° 354, c).

l'origine du bien de remploi et on aboutit finalement à un système voisin des déclarations de remploi prévues par l'article 1434, l'inventaire étant, en pratique, sensiblement contemporain de l'acquisition.

Il faut, toutefois, relever qu'aucun délai n'est imparti pour sa rédaction et que la déclaration tardive de remploi ne se trouve pas juridiquement sanctionnée sur la base de l'article 1504. D'autre part, la sanction du défaut complet d'inventaire est moins sévère que celle qu'imposait l'article 1434. Si le mari n'a pas rédigé l'inventaire, il peut prouver sa reprise par tout écrit justifiant le caractère propre du meuble réclamé. Si une telle preuve par écrit est libérale, par rapport au système de l'article 1434, elle est plus stricte que le droit commun de la preuve de la provenance et présente plus de garanties. C'est pourquoi la mise à l'écart de l'article 1434, dans les rapports entre époux, présente moins d'inconvénients, à l'égard du remploi d'un bien du mari, en matière mobilière qu'en matière immobilière.

2°) *Remploi d'un bien de la femme.*

392. — La situation diffère alors de la précédente en ce que la femme ne peut prouver la provenance qu'en produisant une déclaration du mari en ce sens (180). Si cette déclaration est intervenue au moment de l'acquisition, comme l'exige l'article 1434, la preuve est facile, et le problème probatoire automatiquement résolu. Si la déclaration du mari est intervenue après l'acquisition, on conçoit mal que la femme puisse la prouver autrement que par écrit, même si on ne voit dans cette déclaration qu'un fait de gestion du patrimoine de la femme et non le consentement requis pour une véritable convention de remploi (181). Du reste, il semble que si la jurisprudence dispense du moment imparti par l'article 1434 à la déclaration, elle ne supprime pas la nécessité même de cette déclaration qui ne peut se prouver pratiquement que par écrit. Au surplus, il faut noter que la femme doit avoir formellement accepté le remploi (article 1435). Et on voit mal comment cette acceptation pourrait répondre à une déclaration qui ne soit pas écrite elle-même.

Cette règle s'applique certainement de façon pure et simple si la femme exerce sa reprise sur un *immeuble* à propos duquel elle invoque le remploi. Mais s'il s'agit d'un remploi *mobilier,* elle doit se combiner avec celle posée par l'article 1504 du Code civil. L'exigence d'un inventaire dressé par le mari pour constater la réception du meuble s'applique, ici, naturellement. Si cet inventaire a été dressé, comme

(180) Cf. *supra,* N°s 371, 371 bis, 376.
(181) Cf. *supra,* note (131).

il doit faire mention de l'origine propre des deniers (182), la femme trouve ainsi le moyen de preuve dont elle a besoin. Si l'inventaire n'a pas été dressé, un problème délicat se pose. L'article 1504, al. 3, permet alors à la femme de faire sa preuve par tous moyens, même par la commune renommée. On doit se demander ce que la femme est autorisée à prouver par de tels moyens : le fait de la provenance ou l'accord du mari ?

Par exemple, la femme est-elle admise à prouver par tous moyens, y compris la commune renommée, que le mari n'a jamais disposé d'autre somme d'argent importante que celle procurée par la vente d'un propre de la femme et que, par conséquent, il n'a pu acquérir qu'avec le prix ? La généralité de l'article 1504 et son caractère de sanction à l'égard du mari, aussi justifié en cas de remploi qu'en toute autre hypothèse, pourraient inciter à répondre par l'affirmative. Il semble pourtant que cette solution doive être écartée. Les règles particulières au remploi exigent l'intervention du mari dans le jeu du remploi d'un bien de la femme. Cette intervention est commandée par les pouvoirs du mari, chef de la communauté sur les deniers qui, tant qu'ils ne sont pas employés, sont communs (183).

Le mari, seul, est compétent pour indiquer l'origine des deniers qu'il a employés. La nécessité de son intervention ne saurait donc être écartée, même à titre de sanction, du défaut d'inventaire, alors surtout que l'article 1504 ne prévoit pas précisément une telle sanction. Il faut donc admettre que ce que la femme est autorisée à prouver par tous moyens c'est seulement l'accord donné par le mari au remploi de sa femme pour une acquisition antérieurement effectuée. Il pourra arriver que cet accord se prouve ainsi. Mais le cas sera sûrement rare. Pratiquement, la preuve devra être écrite tout comme l'acceptation de la femme requise par l'article 1435.

Article 2. — EXTENSION DES ARTICLES 1434 ET 1435 HORS DU REGIME DE COMMUNAUTE

393. — Les difficultés de preuve rencontrées sous le régime de communauté, chaque fois qu'on se refuse à appliquer les articles 1434 et 1435, démontrent avec éloquence l'utilité de ces prescriptions. Cette utilité explique certainement une tendance nette à les étendre hors du régime de communauté. M. Henry affirme même qu'ils énoncent le droit commun de la preuve de la contre-valeur applicable

(182) Cf. *supra*, N° 391.
(183) Cf. *supra*, N° 371 bis.

à tous les cas de subrogation réelle (184). On cherche en vain les fondements positifs d'une telle affirmation. Deux raisons militent pour la contredire. Elle encourt d'abord une critique générale en impliquant nécessairement une émancipation de la subrogation réelle qui se forgerait ses propres règles de sécurité. Aucun principe ni aucun texte de droit positif ne permettent une extension aussi générale d'un régime qui impose la preuve par écrit d'un simple fait. Et si l'on songe que ce régime s'explique techniquement par les larges pouvoirs du mari sur les biens communs et, par conséquent, sur les deniers (*supra*, N^os^ 371, 371 bis, 376), on peut douter qu'une telle raison soit assez générale pour justifier une extension systématique. De fait, s'il est bien vrai que la jurisprudence a appliqué les articles 1434 et 1435 hors du régime de communauté, cette extension n'atteint même pas toute la matière matrimoniale. Nous serons ainsi conduits à rechercher les cas où, en dehors du régime de communauté, l'article 1434 est rendu obligatoire.

Mais l'opinion de M. Henry appelle également une critique plus particulière tirée de l'analyse même du mode de preuve créé par les articles 1434 et 1435. Dans la mesure où l'article 1434 permet au mari de prouver un remploi effectué pour son compte, il admet que le mari se constitue lui-même son moyen de preuve. Or, le droit commun et le bons sens enseignent que l'on ne peut se constituer un titre à soi-même. Dès lors, il est douteux qu'en dehors des cas, peu nombreux, où les articles 1434 et 1435 sont rendus obligatoires, l'existence d'une double déclaration, à supposer qu'elle existe en fait, soit utilisable par celui qui l'a faite. La réponse négative paraît même s'imposer, en principe. Mais on est aussitôt amené à lui apporter un tempérament, dans les cas précisément où son fondement (l'impossibilité de se constituer un titre soi-même) ne se trouverait pas justifié. Ces considérations conduisent naturellement à rechercher de telles hypothèses où l'existence d'une déclaration dans l'acte d'acquisition pour ne pas constituer le seul mode de preuve légal, n'en est pas moins pratiquement utilisable en fait et, par suite, désirable.

1^er^ POINT. — DECLARATION OBLIGATOIRE DANS L'ACTE D'ACQUISITION

394. — Le cas le plus net d'une telle extension concerne les *biens dotaux*.

(184) Henry, thèse, pp. 139 et suivantes, M. Henry, d'après le plan de sa thèse, limite toutefois cette extension aux cas où la subrogation

Le remploi d'un bien dotal est, suivant les cas, imposé par la loi (articles 1558 et 1559 du Code civil) par le contrat de mariage (article 1553) ou par le juge (article 1556). Mais, dans aucune de ces hypothèses, le remploi n'est expressément soumis par la loi à une formalité comparable à celle prévue sous le régime de communauté par les articles 1434 et 1435. On peut, néanmoins, se demander s'il ne serait pas opportun d'exiger en ce domaine les mêmes précautions que sous le régime de communauté.

Théoriquement, les données du problème sont assez différentes. Il faut d'abord remarquer qu'il ne s'agit pas ici de savoir si le bien acquis en remploi est ou non propre à la femme, mais s'il est dotal ou paraphernal. De toute façon, si l'acquisition a été faite au nom du mari, la question ne se pose pas ; et si l'acquisition a été faite au nom de la femme, celle-ci est propriétaire. C'est seulement dans ce dernier cas qu'il s'agit d'établir si le bien acquis à la femme est dotal par l'effet du remploi. Cette question intéresse avant tout les tiers, créanciers de la femme, dont le droit de saisie peut s'exercer ou non, suivant que le bien est paraphernal ou dotal. A cet égard, la valeur probatoire d'une déclaration de remploi se présente sous un jour particulier sous le régime dotal. Si la déclaration a été faite lors d'une acquisition conclue après séparation de biens, elle est l'œuvre de la femme agissant seule et représente donc un titre que la femme s'est constitué à elle-même. Si l'acquisition a été conclue avant la séparation de biens, l'intervention du mari, administrateur général de la dot et quasi-usufruitier des deniers, s'impose évidemment. Mais, même en ce cas, ne peut-on pas craindre une entente du mari et de la femme pour frauder les tiers ? A partir du moment où il s'agit de protéger ceux-ci contre une insaisissabilité dotale injustifiée, l'intervention du mari à la déclaration de remploi offre assez peu de garanties, car les deux époux ont des intérêts solidaires à l'encontre des tiers. Aussi, la situation n'est-elle pas, à cet égard, sensiblement différente de celle où la femme se crée seule un titre à elle-même.

Et il faut remarquer qu'ici le moment de l'acquisition imparti à la déclaration de remploi ne présente pas les mêmes garanties que sous le régime de communauté (185). Dans le remploi dotal, il ne s'agit jamais pour la femme de s'approprier une bonne affaire ou d'en laisser une mauvaise à la charge d'un autre patrimoine que le sien. En toute hypothèse, le bien acquis lui appartient, la subrogation réelle n'attri-

---

réelle perpétue une affectation, sans qu'on aperçoive les raisons d'une telle limitation.

(185) Cf. *supra*, N^os^ 369 et suivants.

buant à ce bien que la qualité dotale. Or, un tel effet est toujours dangereux pour les tiers, car il met les époux à l'abri de leur saisie. Point n'est besoin d'attendre pour connaître ce résultat précis ; et les époux le connaissent avec certitude dès le moment de l'acquisition. Dès ce moment, ils savent que, quelle que soit la bonne ou la mauvaise affaire faite par la femme en achetant un nouveau bien, leur intérêt est de soustraire ce bien à l'acquisition des créanciers et, à cette fin, de faire éventuellement une fausse déclaration d'origine des deniers employés.

Ces considérations n'empêchent pas la déclaration de remploi d'avoir une réelle utilité sous le régime dotal. Elle se justifie tant au point de vue de son exactitude qu'à celui de sa valeur publicitaire. Au premier égard, il faut tenir compte du fait que, sous le régime dotal, le remploi est toujours obligatoire en vertu soit du contrat de mariage, soit de la loi, soit d'une autorisation judiciaire. Ce principe conduit normalement à rechercher, après une aliénation parfaitement connue et très réglementée, l'acquisition qui doit la suivre à titre de remploi. Celui-ci conditionne même, le plus souvent, la validité de l'aliénation (186). Cette règle rend le remploi obligatoire non seulement pour les époux, mais encore pour les tiers (187). Les tiers acquéreurs et, éventuellement, les agents de change et les notaires, voient leur responsabilité engagée par le défaut de remploi ultérieur (188). Il s'ensuit que ces personnes sont tenues de surveiller l'accomplissement du remploi et qu'un tel contrôle constitue une sérieuse garantie d'exactitude de la déclaration qui peut intervenir dans l'acte d'acquisition. Quant à la valeur publicitaire de celle-ci, elle est indéniable. La double déclaration, telle que l'a conçue l'article 1434, constitue le meilleur moyen d'avertir les tiers de la dotalité de bien acquis en remploi. Certes, cette dotalité ne se produit que lorsqu'elle est annoncée par la loi, le contrat de mariage, ou, éventuellement, l'autorisation judiciaire d'aliéner (189). Mais cette règle ne saurait supprimer la nécessité d'établir la filière de la valeur dans chaque cas particulier. Elle suppose même cette dernière preuve, sans laquelle elle ne saurait fonctionner correctement. En réalité, l'observation des formalités de l'article 1434 s'impose plus encore, dans l'intérêt des tiers, sous le régime dotal que sous le régime de communauté. Les tiers

(186) Cf. *supra*, N°s 129, 136 et suivants.
(187) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 1363.
(188) Cf. Ripert et Boulanger, III, N°s 1368 et suivants. Rappelons que sous le régime de communauté, la responsabilité des tiers acquéreurs n'est engagée qu'en cas de stipulation expresse au contrat de mariage, alors même que le remploi aurait été déclaré obligatoire par une clause de ce contrat. Cf. *op. cit*, N° 695, et *supra*, N° 138.
(189) Cf. *infra*, N° 682.

menacés par l'indisponibilité dotale doivent être avertis de la qualité des biens de la femme non seulement par la loi et le contrat de mariage, mais encore, dans chaque cas particulier, par l'acte d'acquisition.

Toutes ces raisons expliquent l'extension consacrée par la doctrine et par la jurisprudence des formalités de l'article 1434 aux biens dotaux. Certains auteurs, comme Duranton et Laurent (190), ont, certes, refusé cette extension. Laurent, notamment, invoquait une raison catégorique : « ...le remploi est une fiction, et les fictions sont de la plus stricte interprétation ».

Les résultats d'une telle opinion sont fort peu logiques, car, sous prétexte que le remploi est une fiction, on le soumet, sous le régime dotal, à des conditions moins rigoureuses que sous le régime de communauté, alors qu'il est bien plus dangereux (191). Aussi la quasi-totalité de la doctrine admet-elle que l'article 1434 doit jouer purement et simplement dans le remploi dotal (192), et la jurisprudence se range-t-elle depuis longtemps à cette solution (193).

Mais, sous le régime de communauté, le respect de l'article 1434 n'est requis qu'à l'égard des tiers (194). La même règle s'impose sous le régime dotal puisqu'ici, plus encore, c'est l'intérêt des tiers qui justifie la solution. Ce fait réagit, naturellement, sur l'exercice des reprises dotales. Si la femme doit soustraire sa reprise à l'emprise des tiers (et là est tout l'intérêt du caractère dotal du bien réclamé), elle ne peut établir le remploi que par la double déclaration faite dans l'acte d'acquisition. Si la femme exerce sa reprise à l'encontre du mari, il suffit qu'elle prouve sa propriété, le remploi pouvant n'être alors qu'un moyen d'établir cette propriété. Or, pour prouver sa propriété, le moyen le plus normal est, pour la femme, de démontrer que le mari a acquis pour le compte de son épouse. La preuve spéciale de l'origine des deniers perd ici son intérêt. La preuve que le mari a simplement acquis le bien pour le compte de sa femme est soumise au droit commun, qui se ramène à la preuve par écrit de l'acte d'acquisition au-dessus de 5.000 francs (195).

(190) Duranton, XV, N° 421 ; Laurent, XXIII, N° 519.

(191) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage,* III, N° 1766.

(192) Huc, IX, N° 464 ; Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage,* 1869, III, N° 1901 ; Aubry et Rau, VIII, 534 texte et note 30 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.* ; Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N^{os} 1083 et 1210 ; Nast, note D. 1909. 2. 314, col. 1 ; Colin et Capitant, III, N° 439 ; Planiol, III, N^{os} 1495 et 1550 ; Ripert et Boulanger, III, N° 1358.

(193) Pau, 29 février 1860, S. 1860. 415 ; Agen, 15 août 1891, S. 1894. 2. 97 ; Grenoble, 21 décembre 1908, 2. 129, note Wahl.

(194) Cf. *supra,* N^{os} 374 et suivants.

(195) Rappr. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N^{os} 1243 et 1244.

395. — L'application de l'article 1434 à la *dotalité incluse* ne concerne pas directement la subrogation réelle puisque les deux théories sont essentiellement distinctes (196). Elles sont, toutefois, voisines et l'exigence d'une déclaration d'origine dans l'acte d'acquisition d'un paraphernal contenant la dot, pour que la dotalité incluse soit opposable aux tiers, constitue un second exemple d'extension de l'article 1434 qu'il convient de relever au passage.

Cette extension, à laquelle certaines Cours méridionales résistèrent d'abord (197), fut admise par trois arrêts de la Cour de Cassation rendus en 1891 et 1895 (198). Depuis cette date, il n'est plus guère discuté que la dotalité incluse dans un bien paraphernal ne peut être opposée aux tiers que si l'acte d'acquisition contient une déclaration de la femme indiquant l'origine dotale des deniers ayant servi à l'achat. Planiol qualifie l'opération de simili-remploi (199). La jurisprudence postérieure a, certes, marqué des fléchissements (200). Mais il serait exagéré d'en déduire un recul général. Si certains arrêts sont effectivement moins rigoureux en cette matière, d'autres, contemporains des précédents, se montrent, au contraire, d'une extrême sévérité (201).

2e *POINT. — DECLARATION FACULTATIVE DANS L'ACTE D'ACQUISITION.*

396. — La considération impérieuse de l'intérêt des tiers a conduit à déroger au droit commun de la preuve de la provenance et d'étendre les articles 1434 et 1435 au régime dotal. Cette extension, si heureuse soit-elle, en pratique, demeure prétorienne et ne trouve guère d'autre justification que son utilité. Aussi doit-on la limiter au régime dotal. On ne saurait poser, en règle générale, la nécessité de prouver un fait par écrit.

En cas de faillite ou de liquidation judiciaire du mari, la preuve est soumise aux articles 558, 559 et 560 du Code de com., cf. Planiol et Ripert, *op. cit.*, N° 1249.

(196) Cf. *supra*, N°s 80, 81, 168, 315, et *infra*, N° 484.

(197) Bordeaux, 14 mai 1857, D. 1857. 2. 111 ; Toulouse, 27 juin 1892, D. 1892. 1. 188.

(198) Req., 5 juin 1891, D. 1892. 1. 13 ; Civ., 26 novembre 1895, deux arrêts, D. 1896. 1. 313.

(199) Planiol, III, N° 1686. V. sur ces questions Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1288.

(200) Cf. Req., 14 juin 1904, D. 1905. 1. 185 ; Grenoble, 21 décembre 1908, précité note (193).

(201) Cf. Rouen, 12 août 1904, D. 1907. 1. 169 ; cet arrêt a permis la saisie pure et simple de la valeur dotale par un créancier ayant ignoré l'existence de cette valeur, alors qu'il n'existait aucun acte qui pût contenir la publicité : la femme séparée de biens avait reçu, en paiement de ses reprises dotales, des créances et des meubles.

Mais ce point acquis, une déclaration d'origine étant supposée intervenue dans l'acte d'acquisition, peut-elle être utilisée, *dans le cadre même du droit commun,* par celui qui invoque la subrogation réelle à son profit ? Ainsi se pose le problème de l'utilisation facultative d'une éventuelle déclaration de remploi dans l'acte d'acquisition. Sa solution ne dépend pas de la nature du fait à prouver. A ce point de vue, il ne fait pas de doute que si la preuve écrite d'un simple fait matériel ne saurait être, en principe, *exigée,* elle n'en est pas moins *admissible,* si elle est effectivement administrée. Elle est même, *a priori,* préférable à une preuve par tous moyens. La valeur probatoire d'une déclaration de remploi dans l'acte d'acquisition dépend d'une autre considération. Elle est unilatérale et ne peut, par suite, être utilisée contre un tiers par celui-là même qui l'a effectuée. Cette règle exprime un principe de bons sens, selon lequel nul ne peut se constituer un titre à lui-même. Il faut donc conclure que *celui qui invoque la subrogation réelle à son profit ne saurait être admis à prouver l'origine de la contre-valeur par une déclaration dans l'acte d'acquisition que si cette déclaration n'est pas son œuvre exclusive.*

Telle est la règle générale. Les raisons qui permettent d'y déroger, sous le régime de communauté, sont particulières à ce régime et tiennent principalement à l'existence d'une masse commune à côté des patrimoines propres (202). Sous le régime dotal, on ne peut plus parler de dérogation véritable, dans la mesure où l'extension de l'article 1434 se justifie par la responsabilité du tiers acquéreur ou des professionnels (203). La déclaration n'est plus alors vraiment l'œuvre exclusive de la femme. La dérogation se borne, ici, à rendre l'article 1434 obligatoire. Lorsque des raisons particulières, telle celle qui justifie l'article 1434 sous le régime de communauté, n'existent pas, il faut donc appliquer la règle générale qui conduit à refuser la preuve par la déclaration de remploi, lorsqu'elle est invoquée par celui qui l'a faite, et à l'admettre dans le cas contraire. C'est un exemple de chacune de ces deux conséquences qu'il nous faut donner.

I. — CAS OU LA DECLARATION DANS L'ACTE D'ACQUISITION EST INUTILISABLE

397. — La déclaration ne peut être invoquée contre autrui par son propre auteur. La preuve, par la femme, de l'origine de *ses biens réservés* fournit un exemple d'application de cette règle générale.

(202) Cf. *supra,* N°s 368 et suivants.
(203) Cf. *supra,* N° 394 texte et note (189).

Les biens réservés que la femme acquiert par l'exercice d'une profession séparée de celle de son mari constituent une masse soumise à des règles spéciales aujourd'hui édictées par les articles 224, 225 et 226 nouveaux du Code civil (modifiés par la loi du 22 septembre 1942). Cette masse est perpétuée par la subrogation réelle. Ont, en effet, la qualité de biens réservés non seulement les produits directs du travail de la femme, mais encore les biens acquis en emploi des économies provenant de ce travail (204) auxquels doivent, naturellement, s'assimiler ceux acquis en remploi après la vente d'une valeur réservée (205). La femme doit donc prouver, tant à l'égard de son mari qu'à l'égard des tiers, la provenance des biens sur lesquels elle prétend exercer les droits particuliers que la loi lui accorde.

Le régime de cette preuve a subi une évolution qu'il n'est pas sans intérêt de retracer.

398. — Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1907, il fallait distinguer selon les personnes à l'égard desquelles la preuve devait être administrée.

Si la femme voulait accomplir, à l'égard d'un tiers et sur un bien provenant de son activité professionnelle, un acte que lui permettait l'article 1er de la loi (par exemple, une aliénation, une constitution d'hypothèque), elle était dispensée, par une faveur remarquable, de prouver la provenance du bien et devait seulement établir, en principe par la production d'un acte de notoriété et sans que la responsabilité des tiers fût engagée par cette justification, qu'elle exerçait une profession séparée (article 1er, al. 5). La loi du 18 février 1938 avait même supprimé cette dernière exigence. Ces faveurs avaient pour but d'augmenter le crédit de la femme et d'inciter les tiers à ne pas exiger des justifications que la femme n'aurait pu fournir sans demander l'intervention du mari, ce qui aurait anéanti la réforme. Pratiquement, du reste, le but visé par la loi n'était pas atteint et les tiers, surtout les professionnels, exigeaient le plus souvent l'approbation du mari (206).

Si la femme voulait soustraire un bien réservé à l'emprise du mari, ou de ses créanciers, ou des créanciers communs, elle n'était pas dispensée de prouver l'origine du bien réservé. Mais l'article 4 de la loi de 1907 venait à son secours en permettant d'établir cette origine « par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée ». La faveur était réelle dans la mesure où ce texte dispensait la femme d'avoir à prouver par écrit les

(204) Cf. Ripert et Boulanger, III, N° 602.
(205) Cf. Capitant, Rev. trim., 1919, pp. 385 et suivantes, § III.
(206) Cf. Planiol et Ripert, IX, par M. Nast, N° 1358.

actes juridiques conclus dans l'opération de remploi. Mais dans la mesure où il s'agissait de prouver le lien de fait entre ces actes, c'est-à-dire l'origine même des deniers employés à l'acquisition, l'article 4 ne faisait qu'appliquer le droit commun, la preuve par présomption devant naturellement être admise au même titre que la preuve par témoins (207). Et le droit commun créait à la femme d'autant plus de difficultés que la jurisprudence se montrait parfois assez rigoureuse sur l'admission des présomptions d'origine. Ainsi, un jugement du Tribunal civil de la Seine, du 20 décembre 1909 (208), avait estimé que la concordance de dates entre les retraits de fonds réservés d'une Caisse d'Epargne et les paiements d'une acquisition immobilière ne créait pas de présomptions suffisantes pour prouver soit la provenance des biens, soit la volonté de la demanderesse de les affecter à une destination exclusive. Ce jugement remarquait, au surplus, à l'appui de son opinion, que l'acte d'acquisition ne contenait aucune mention de nature à établir l'existence d'un remploi tel que celui prévu par l'article 1er de la loi de 1907. Faut-il voir dans cette remarque une disposition à admettre comme moyen de preuve une déclaration d'origine faite par la femme dans l'acte d'acquisition ? Il n'est pas douteux que l'article 4 de la loi de 1907 *n'imposait* pas à la femme ce moyen de preuve. Mais celui-ci, à supposer qu'il ait existé, aurait-il pu être utilisé comme le laissait penser le Tribunal civil de la Seine ?

Cette question se pose, dans les mêmes termes, sous le régime instauré par la loi du 22 septembre 1942. L'article 224, al. 3 nouveau, du Code civil, soumet au droit commun, à l'égard du mari et des tiers, la preuve de l'origine et de la consistance des biens réservés. Cette réforme supprime certainement la dispense que l'article 1er de la loi de 1907 accordait à la femme de prouver l'origine des biens réservés. Le législateur de 1942, sensible aux critiques adressées sur ce point à la loi de 1907 (209), a rétabli l'obligation de prouver l'origine des biens. Il n'est pas douteux non plus que l'article 224 nouveau, en renvoyant au droit commun, impose la preuve par écrit des actes constitutifs du remploi et se montre ainsi plus sévère que l'article 4 de la loi de 1907. Mais peut-on en dire autant de la preuve du lien de fait entre ces actes, c'est-à-dire de l'origine des deniers ?

399. — En se fondant, par analogie, sur l'interprétation prédominante de l'article 1499 qui, lui aussi, renvoie au droit commun (210), on pourrait penser que l'article 224 exige une

(207) Cf. Planiol, III, N° 1045, 10°.
(208) D. 1910. 2. 281, note Lalou.
(209) Cf. Planiol, III, N° 1045, 5°.
(210) Cf. *supra*, N° 388.

preuve par écrit. Mais cet écrit ne pourrait être que l'acte d'acquisition et la preuve ne résulterait alors que d'une déclaration analogue à celle prévue par l'article 1434. Or, une telle preuve ne serait pas admissible à propos des biens réservés. La déclaration dans l'acte d'acquisition émanerait, en effet, de la femme elle-même et ne saurait, par suite, lui servir de titre. La femme aurait, de toute façon, à établir l'exactitude de la déclaration faite par elle ; on en reviendrait ainsi au droit commun des preuves.

En vain invoquerait-on que sous le régime de communauté le mari se crée une preuve à lui-même en vertu de l'article 1434 ; et que cet article 1434 peut être considéré comme « le droit commun » de la preuve du remploi en matière matrimoniale puisque la jurisprudence et la doctrine l'étendent au régime dotal (211). Un tel argument méconnaîtrait les données de fait du problème. Les situations du mari commun en biens et de la femme prouvant l'origine de ses biens réservés sont différentes. Au moment de l'acquisition, le mari ne sait pas s'il aura ou non intérêt à laisser à la communauté le bien qu'il vient d'acquérir ; sa déclaration offre, de ce fait, de sérieuses garanties de sincérité (212). La femme, au contraire, a toujours intérêt à ce que son bien soit réservé, même sous le régime de communauté. En effet, de toute façon, sous ce régime, son choix pourra se faire après coup au moment de la dissolution de la communauté. A ce moment, il lui appartient, selon son intérêt, de prendre le bien en propre en renonçant à la communauté ou de lui attribuer le caractère d'acquêt, en acceptant la communauté (article 226, al. 2, du Code civil). Dans ces conditions, la femme ne peut que gagner à ce que le bien acquis soit réservé : elle y gagne immédiatement les pouvoirs que lui confèrent les articles 224 et 225 et, ultérieurement, l'attribution la plus conforme à ses intérêts grâce à l'option permise par l'article 226. Comment, dès lors, ne pas douter que la déclaration qu'elle pourrait faire dans l'acte d'acquisition s'inspire de la seule vérité des faits à l'exclusion d'un intérêt personnel parfaitement connu ? Les raisons qui justifient l'article 1434 sous le régime de communauté n'existent pas ici ; et s'il était juste de penser que l'article 1499 renvoie à ce texte (213), la même conclusion serait incorrecte pour l'article 224. On ne saurait, d'autre part, invoquer ici la garantie qu'offre, sous le régime dotal, l'intervention de tiers responsables de l'emploi ou du remploi (214). C'est donc à juste titre que la loi de 1942, comme celle de 1907, a tenu à l'écart le système

(211) Cf. *supra*, N°s 394 et 395.
(212) Cf. *supra*, N°s 369 et 370.
(213) Cf. *supra*, N° 388.
(214) Cf. *supra*, N° 394.

de l'article 1434. Et, pour la même raison, la femme ne saurait l'utiliser, même à titre simplement facultatif.

Il faut, en réalité, conclure que l'article 224 renvoie au droit commun des preuves. Et, comme il s'agit de prouver un simple fait, la preuve par tous moyens est la règle. La femme se heurtera alors à toutes les difficultés qu'elle rencontrait déjà sous l'empire de l'article 4 de la loi de 1907 (215). Mais ces difficultés ne créent pas une impossibilité radicale et il ne faut pas en conclure que les emplois et remplois successifs des fonds réservés échappent à *toute* vérification, ce qui conduirait à écarter également le droit commun des preuves (216). Selon ce droit commun, la preuve des emplois et remplois, toujours difficile, est parfois parfaitement possible. Si les présomptions tirées, par exemple, de la concordance de dates entre des retraits d'une Caisse d'Epargne et les paiements de l'acquisition ont pu paraître insuffisantes à certains juges (217), il n'est pas sûr qu'une telle sévérité soit toujours de mise. Tout dépend, en réalité, des circonstances. Et il paraît normal, par exemple, que les juges se montrent convaincus de l'origine réservée du bien acquis en remploi lorsque, à l'époque du dépôt à la Caisse d'Epargne et du retrait ultérieur, la femme abandonnée par son mari ne recevait plus de lui aucun subside (218). De telles décisions confirment le principe de la soumission au droit commun des preuves et démontrent la viabilité difficile, mais réelle, de ce droit commun.

II. — CAS OU LA DECLARATION DANS L'ACTE D'ACQUISITION EST UTILISABLE

400. — Lorsque la déclaration est l'œuvre de celui qui invoque la subrogation réelle, elle est inutilisable, en ce sens que le demandeur qui la produit doit prouver son exactitude. En tant que telle, la déclaration ne lui sert donc à rien. Au contraire, lorsque cette déclaration émane d'une autre personne que le demandeur lui-même, celui-ci peut l'utiliser à l'appui de sa demande. Mais il faut alors distinguer selon les personnes dont la déclaration émane.

Si la déclaration est l'œuvre d'une ou plusieurs personnes autres que le défendeur à qui on l'oppose, elle ne peut avoir que la valeur d'un *témoignage* écrit. Il appartient, naturellement, au juge de l'apprécier. L'opinion que peut se former ce dernier dépend des circonstances. Lorsque la dé-

(215) Cf. *supra*, N° 398.
(216) V. en ce sens Ripert et Boulanger, III, N° 604.
(217) Cf. *supra*, N° 398, note (209).
(218) C'est ce qu'a admis pour les dépôts à la Caisse un jugement du Trib. civ. de Toulouse, du 19 décembre 1912, D. 1915. 2. 41, note Lalou.

claration émane d'une seule personne, celle-ci étant toujours la gérante des deniers employés à l'acquisition, la confiance qu'on lui accorde dépend moins de son information que de sa sincérité. Et, à ce dernier égard, il est normal que les circonstances propres à chaque espèce commandent. Il est certain, au demeurant, qu'un témoignage unique risque toujours d'être considéré comme insuffisant pour emporter la conviction du juge. Au contraire, lorsque la déclaration émane ou subit le contrôle de plusieurs personnes, sa force probante se trouve forcément accrue et atteint son maximum si parmi ces personnes se trouvent des professionnels : notaires, agents de change, etc...

Si le défendeur à qui on l'oppose est l'auteur même de la déclaration, la valeur probante de celle-ci est plus grande encore. La déclaration se ramène alors à un *aveu* écrit (219), Une telle déclaration constitue le meilleur mode de preuve de l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition. Elle unit, en effet, la facilité pour le demandeur, à la sécurité pour tout le monde. Il y a toutes chances, en effet, pour que la déclaration ainsi effectuée soit exacte et il appartient, du reste, au défendeur de la rectifier en démontrant l'erreur de fait, dont elle peut être éventuellement entachée. A défaut d'une telle démonstration, la déclaration fait preuve complète contre le défendeur ; et il est normal que les juges admettent aisément la subrogation réelle lorsque les renseignements analogues à ceux prévus par l'article 1434 leur sont fournis en fait par le défendeur lui-même. Ce fut, par exemple, le cas dans l'espèce qui donna lieu à l'arrêt de la Cour de Cassation, du 29 avril 1901 (220), que nous avons déjà eu l'occasion d'analyser (221). Un immeuble ayant été donné à une commune, à charge pour elle d'entretenir une école chrétienne, un autre immeuble fut acquis en remploi anticipé du précédent (*supra,* N° 280) et affecté à ses lieu et place à l'exécution de la charge. La Cour de Cassation n'a pas manqué de constater la filière de la valeur, grâce à la double déclaration faite dans l'acte d'acquisition par le maire de la commune défenderesse : 1°) que l'immeuble acquis serait affecté à perpétuité à l'école ; 2°) que la commune reprenait la libre disposition de l'ancien immeuble. La corrélation entre la désaffectation et la réaffectation se trouvait ainsi marquée par la commune elle-même.

401. — Ainsi utilisée dans le cadre du droit commun, soit comme témoignage, soit comme aveu, la déclaration de remploi rend les plus grands services et se présente, par là, comme très désirable. Dans certains cas, il est même prati-

(219) Comp. Planiol, II, N° 24.
(220) S. 1903. 1. 321 ; D. 1902. 1. 33.
(221) Cf. *supra,* N°s 280 et 291.

quement impossible de faire la preuve lorsque la déclaration n'est pas intervenue. Une espèce jugée par le Tribunal civil d'Albi, le 10 mai 1911 (222), fournit l'exemple de la nécessité pratique des déclarations d'emploi émanées d'une personne autre que le demandeur. Une donation avait été faite, en 1816, à un séminaire, à charge de célébration de messes et d'achats de biens fonds destinés à assurer ce service. En 1818, eut lieu l'achat d'un immeuble dit « Domaine du Roc », sans qu'aucune déclaration d'emploi fût mentionnée dans l'acte d'acquisition. Au surplus, depuis 1818, le « Domaine du Roc » avait subi de multiples transformations à la suite de ventes et d'échanges, toujours sans déclaration pouvant aider dans la preuve de la provenance. De sorte que les héritiers du donateur, agissant en révocation de la donation sur la base de l'article 9 de la loi du 9 décembre 1905, se trouvaient dans l'impossibilité d'établir le lien de filiation qui pouvait unir les sommes initialement données et les biens qu'ils trouvaient dans le patrimoine du séminaire. Et nous avons vu que la jurisprudence relative aux droits de retour successoraux était conduite à refuser, en fait, l'extension de la subrogation réelle pour des motifs analogues (223). De tels exemples démontrent l'utilité, souvent indispensable, des déclarations d'emploi, selon les principes mêmes du droit commun.

L'existence de ces déclarations dans les actes d'acquisition, en général, dépend évidemment de l'usage. Et il serait vain d'en préconiser la diffusion, même dans la pratique notariale, alors que de telles déclarations peuvent être éventuellement utilisées contre leurs propres auteurs. Il faut seulement remarquer que la pénétration de la subrogation réelle dans notre vie juridique dépend, en grande partie, de la multiplicité de ces déclarations ; et que, dans la mesure où la subrogation se révèle juste et équitable, on ne peut que souhaiter leur propagation.

Il est un domaine, en tout cas, où tout espoir de cet ordre sera vraisemblablement toujours déçu : c'est celui des acquisitions mobilières, faisant rarement l'objet d'actes écrits et, *a fortiori,* notariés. On peut, toutefois, citer à cet égard des publicités particulières, telles celles de l'article 29 de la loi du 16 septembre 1871 relative au remploi en rentes sur l'Etat, (indication de l'affectation spéciale des rentes au grand livre de la dette publique (224) ou les inscriptions de remploi sur certaines actions ou sur les registres de la société émettrice (225).

(222) Gaz. Trib., 1911. 2. 367.

(223) Cf. *supra,* N° 359 texte et note (79).

(224) Cf. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage,* I, N° 356.

(225) Il en était ainsi pour les remplois en actions des compagnies de chemin de fer, cf. Henry, thèse, p. 141.

SOUS-SECTION II

PREUVE DE L'IDENTITE ENTRE LE BIEN PRETENDU SUBROGE ET LE BIEN PROVENU DE L'ANCIEN

§ 1^er^. — Principe

401 bis. — Le principe qui gouverne l'administration de cette preuve ne saurait faire de doute. L'identité est un fait ; elle doit donc se prouver par tous moyens. Aucune raison, tirée de la notion même de subrogation réelle, ne saurait, ici encore, conduire à écarter cette règle. La seule question qui puisse se poser à cet égard est celle de savoir s'il existe d'importantes exceptions à ce principe. Il appartient, naturellement, au législateur de créer, en toute liberté, de telles exceptions sur tous points particuliers où elles lui paraissent justifiées. Il convient seulement de noter, sur un plan général, la nécessité d'un texte spécial pour déroger au principe de la preuve d'un fait par tous moyens. On peut se demander, à cet égard, si les articles 1499 et 1504 du Code civil n'apportent pas justement des exceptions à ce principe. Ces textes, qui régissent la preuve des reprises mobilières sous le régime de communauté, diffèrent par les modes de preuve prévus, par les personnes à l'égard desquelles la preuve est administrée, mais non par l'objet de la preuve, qui est identique dans les deux hypothèses envisagées. Or, l'article 1504, qui impose la preuve par inventaire et, à défaut, par écrit, s'il s'agit d'une reprise du mari (226), vise la « consistance » du mobilier échu aux époux et réclamé par eux. Cette consistance n'est-elle pas, en réalité, l'identité du mobilier réclamé et, en cas de remploi, l'identité entre le meuble réclamé et celui effectivement acquis en remploi ? L'article 1499, de son côté, ne donne guère de précision sur l'objet de la preuve, mais il renvoie à l'article 1504 pour la preuve entre époux ; comme l'article 1504, il concerne donc la « consistance » du mobilier réclamé. Et on peut être d'autant plus poussé à voir dans cette consistance l'identité, que l'article 560 du Code de commerce, relatif à la reprise exercée par la femme dans la faillite du mari, précise bien que la femme doit prouver « l'identité » du meuble réclamé, conformément à l'article 1499 du Code civil. Si l'article 1499

(226) Cf. *supra*, N^os^ 354, c), 391, 392.

vise la preuve de l'identité, comme ce texte renvoie d'autre part à l'article 1504, il faut conclure de même pour ce dernier texte. De sorte qu'on doit se demander si ce n'est pas, en réalité, l'identité qu'il faut prouver soit par inventaire entre époux (article 1504), soit par écrit, à l'égard des tiers, selon l'interprétation dominante de l'article 1499 (227). On aboutirait alors à un régime de preuve homogène dans l'exercice des reprises ; les articles 1499 et 1504 régissant la preuve des actes juridiques et du lien de fait entre ces actes (228) s'appliqueraient aussi à celle de l'identité.

Une telle conclusion doit pourtant être rejetée. Les écrits prévus par les articles 1499 et 1504 (inventaire ou écrit quelconque) servent, certes, à établir la consistance d'un bien et, en ce sens, à l'identifier. Mais il s'agit seulement du bien *acquis* (et en cas de mobilier présent, du bien apporté). L'écrit ne peut prouver autre chose que la nature et la consistance du bien *échu* à l'époux, comme le disent les articles 1499 et 1504 eux-mêmes. Il ne prouve pas l'identité entre ce bien acquis et le bien *réclamé*. La nature même des choses indique cette impossibilité. Et l'analyse des textes ne prouve pas le contraire. Le fait est particulièrement frappant pour l'article 1499. On a fort bien montré (229) l'erreur qui consistait, en doctrine, à prétendre tirer une solution particulière précise du renvoi au droit commun contenu dans l'article 1499, al. 1er (droit commun de la preuve de la propriété ou droit commun de la preuve sous le régime de communauté). En réalité, la seule portée générale raisonnable que l'on doive reconnaître à ce texte est un renvoi aux principes généraux des preuves. C'est à l'interprète de dégager, dans ce cadre très large, chaque solution particulière convenable. Or, en cas de remploi, la solution particulière est commandée par les articles 1434 et 1435. C'est dans la mesure où l'article 1499 laisse place à l'application des articles 1434 et 1435 qu'il conduit, en cas de remploi, à la preuve par écrit (*supra,* N° 388). Or, les articles 1434 et 1435 ne concernent que la preuve de l'origine du bien acquis. Comment pourrait-il en être autrement puisque l'écrit qu'ils prévoient est une déclaration intervenue lors de l'acquisition et qui, par sa nature même, quel que soit le moment où elle est faite, ne concerne que l'acquisition? Une telle déclaration ne peut, elle aussi, que prouver l'identité du bien *acquis,* dont elle établit, au surplus, l'origine. Elle est, forcément,

---

(227) Cf. Planiol, III, N° 1.250, 5° ; Ripert et Boulanger, III, N^{os} 879 et suivants.

(228) Cf. *supra,* N^{os} 354, 387 et suivants.

(229) Cf. Ripert et Boulanger, III, N^{os} 879 et surtout 882.

étrangère à l'identité entre ce bien acquis et le bien *réclamé*. En réalité, la preuve de cette dernière identité se trouve hors des prévisions des articles 1434, 1435, 1499, 1504 et, généralement, de tous autres textes, car elle ne soulève, le plus souvent, aucune difficulté. Une fois le bien acquis identifié, il est facile de le reconnaître au moment de la réclamation. Et si on ne le reconnaît pas, cette dernière échoue normalement.

402. — Dans le cadre même du droit commun, le régime applicable à la preuve de la contre-valeur varie donc suivant l'élément précis à prouver. La preuve de chaque élément est soumise à un régime propre qui est, en réalité, commandé par les circonstances mêmes dans lesquelles la subrogation réelle est appelée à s'accomplir.

Les actes juridiques se prouvent, en principe, par écrit, selon le droit commun des preuves, alors que le lien entre ces actes ainsi que l'identité entre le bien provenu de l'ancien et le bien réclamé, qui sont des faits, se prouvent, en principe, par tous moyens. Mais ces deux dernières preuves ne sont pourtant pas soumises au même régime, car les exceptions au principe gouvernant la première ne valent pas automatiquement pour la seconde. Ainsi, les articles 1434 et 1435, prévoyant une preuve écrite du lien d'origine entre les actes réalisant le remploi, ne s'appliquent pas à la preuve de l'identité, ce qui prouve que les deux preuves sont bien distinctes et leurs régimes, certes, très voisins, mais autonomes.

Si la preuve de l'identité ne fait l'objet d'aucune réglementation, c'est que, le plus souvent, on ne songe même pas à elle tant elle s'administre automatiquement. Le bien acquis une fois identifié lors de l'acquisition, il est facile de voir s'il se retrouve en nature lors de la réclamation et d'admettre ou non la subrogation réelle, selon les résultats de cette vérification qui est presque toujours tellement facile à effectuer qu'on ne s'y arrête même pas (230). Pourtant, cette vérification d'identité, au moment de la réclamation, existe et conditionne le succès de l'action. Le fait même qu'elle ne soulève généralement aucune difficulté prouve qu'une simple constatation directe suffit à l'accomplir. C'est là, déjà, une application du principe de la preuve par tous moyens. Il importe de relever ce principe, car c'est également lui qu'il faut appliquer lorsque la preuve de l'identité offre de réelles difficultés. Ces difficultés se présentent parfois, comme le démontre l'étude de l'application du principe.

---

(230) Comp. Ripert et Boulanger, III, N° 865.

§ 2. — Application

403. — Lorsque la réclamation porte sur un corps certain ou sur une chose incorporelle individualisée, la preuve de l'identité par tous moyens ne souffre pas de difficulté. Cette preuve est administrée automatiquement par le demandeur. S'il s'agit d'un corps certain, des constatations matérielles suffisent. S'il s'agit d'un bien incorporel, par exemple une créance, ces constatations ne sont même pas nécessaires. Il suffit que le demandeur prouve la naissance de cette créance, qui se trouve ainsi définitivement individualisée ; il appartient, du reste, au défendeur de prouver l'extinction de cette créance ainsi individualisée par le demandeur (231).

C'est lorsque le demandeur invoque la *subrogation réelle sur un genre*, pratiquement sur des deniers versés au défendeur, que la preuve de l'identité administrée selon le droit commun devient délicate. Nous avons déjà précisé à quelles conditions théoriques et discutables la subrogation réelle sur des deniers peut se concevoir seulement dans les droits réels (*supra*, N^os^ 308 et suiv.) ; nous avons démontré que dans une telle hypothèse, la preuve de l'individualisation ne s'administre pas par le demandeur, mais par le défendeur qui doit, pour se soustraire à la demande dirigée contre lui, établir que la valeur par lui effectivement reçue a été dissipée et ne se trouve plus entre ses mains. Ainsi, la preuve de l'identité passe avec celle de la dissipation (*supra*, N° 245). Il faut voir, dans cette possibilité pour le défendeur de prouver la dissipation en échappant à la règle habituelle des créances de genre, *genera non pereunt*, une ultime exigence de l'individualisation de la valeur réclamée par l'effet de la subrogation réelle.

Pour que le défendeur échappe à toute restitution, il ne suffit donc pas qu'il prouve une dissipation quelconque ; il faut qu'il établisse que la somme d'argent ainsi dissipée est précisément celle qu'il a reçue en paiement du prix du bien ancien. Cette solution, imposée par la notion de subrogation réelle qui suppose une individualisation de l'objet des droits (*supra*, N^os^ 306 et suiv.), découle également des données propres aux droits réels, les seuls dans lesquels une subrogation sur des deniers soit théoriquement concevable (*supra*, N° 312). S'il est, en effet, normal que le revendiquant, sur sa seule action réelle et indépendamment de toute responsabilité éventuelle du défendeur, supporte les pertes ayant atteint sa chose, il n'a pas à subir celles du possesseur ou du détenteur. C'est l'étendue de la possession ou de la détention du défendeur, au moment de la demande, qui fixe

(231) Cf. *supra*, N° 345.

l'étendue de la restitution. Nous avons rencontré ce principe à propos des actions exercées par l'absent de retour sur la base de l'article 132 du Code civil, par l'héritier véritable contre l'héritier apparent, par le revendiquant dans la faillite du détenteur (*supra*, N^os^ 342, 343 et 344). Il importe donc de savoir si la somme dont le défendeur prouve la dissipation, pour arrêter l'action du demandeur, était précisément celle représentant le prix du bien aliéné.

Comment peut-il administrer une telle preuve ?

404. — La réponse à cette question révèle, en toute lumière, les imperfections de la notion de subrogation réelle sur un genre.

La preuve de l'identité du genre dissipé n'est vraiment satisfaisante que dans un cas : celui où la somme reçue par le possesseur ou détenteur en paiement du prix a constitué, entre la réception et la dissipation, *la seule* somme liquide importante possédée ou détenue par celui-ci. Alors, on est sûr que la dissipation n'a pu porter que sur le prix du bien possédé ou détenu. Si donc le défendeur prouve les deux faits : absence entre ses mains d'autres disponibilités en argent que celles procurées par la réception du prix de vente, dissipation à un moment où cette absence persistait, il doit pouvoir écarter la revendication dirigée contre lui. Alors, en effet, la somme d'argent reçue, puis dissipée, est demeurée individualisée et la condition essentielle relative à l'objet de la subrogation réelle et du droit réel peut, à la rigueur, être considérée comme satisfaite. L'exclusion de la règle *genera non pereunt* correspond à une réalité pratiquement démontrable et le système proposé par Demolombe à propos de la revendication par l'absent contre l'envoyé en possession définitif, sur la base de l'article 132 (232), est à peu près viable.

Encore quelques remarques s'imposent-elles. D'abord le caractère exceptionnel de la situation envisagée ne saurait échapper. Il peut, certes, arriver, mais il est bien rare et même anormal, en pratique, que le défendeur soit démuni de tout autre argent que celui provenu de la vente. D'autre part, il est certain que le demandeur, dans le système étudié, bénéficie, même en une telle hypothèse, d'un avantage probatoire appréciable en étant dispensé de prouver l'identité de la valeur qu'il réclame. Il lui serait, en effet, la plupart

(232) Cf. *supra*, N° 309. Rappelons que ce système, s'il est admis à propos de l'article 132, peut être étendu et appliqué, par exemple, à la revendication exercée par l'héritier véritable contre l'héritier apparent, cf. *supra*, N° 343.

du temps, impossible de prouver que le défendeur n'a jamais possédé d'autre argent que celui provenu du prix de vente. Le défendeur est, lui, beaucoup plus en mesure de fournir une telle preuve qui porte sur des faits intéressant son propre patrimoine et sa propre gestion. Il peut, mieux que quiconque, dévoiler, à cet égard, des faits significatifs, disposer de pièces justificatives propres à convaincre qu'il était, par exemple, sans aucune ressource personnelle et que les seules disponibilités qu'il pouvait avoir entre les mains provenaient nécessairement de la vente du bien du demandeur. Mais cela ne signifie pas que le défendeur lui-même n'éprouvera jamais aucune difficulté à administrer sa preuve. Celle-ci vise, après tout, un fait assez négatif ; celui que le défendeur était sans ressources ou, du moins, sans trésorerie autre que celle procurée par la vente de tels biens déterminés du demandeur. Si une telle preuve est évidemment concevable, et parfois possible, elle peut, dans certains cas, se révéler délicate. Les juges peuvent alors offrir une certaine résistance à se laisser convaincre ; et il peut arriver que le défendeur échoue dans sa preuve. Alors apparaît la faiblesse du système. Permettre au défendeur de se libérer par la preuve que la somme dissipée est bien celle provenue de la vente, est conforme aux données de la subrogation réelle, mais aboutit à un résultat *négatif :* le rejet de l'action que la subrogation aurait normalement conservée. Mais peut-on admettre la solution *positive* inverse : en l'absence d'une telle preuve fournie par le défendeur, doit-on permettre au demandeur de reprendre le montant du prix de vente de son bien par l'effet de la subrogation réelle, c'est-à-dire pratiquement avec un droit de préférence à l'encontre des créanciers du défendeur ? Cette question est, évidemment, la plus importante. Or, à son égard, la circonstance que le prix constitue entre les mains du défendeur la seule somme d'argent importante ne présente plus aucune particularité. Si, en effet, on se refuse à faire prouver cette circonstance par le demandeur, comment saura-t-on qu'elle existe ? Et, comme cette circonstance est en pratique exceptionnelle, rien n'autorise naturellement à la présumer. Tout se passe alors comme dans les hypothèses courantes où le défendeur a manipulé d'autres sommes en même temps que celles provenues de la vente.

Ainsi, l'individualisation de la somme d'argent, par le fait particulier qu'elle constitue la seule somme entre les mains du demandeur est, certes, déterminante *au fond*. Mais, au point de vue *probatoire*, elle ne joue de rôle que si le défendeur parvient à l'établir. Au cas contraire, le problème se pose dans cette hypothèse comme dans les autres, c'est-à-dire sur un plan très général.

405. — Ainsi envisagée dans son ensemble, la question précise est de savoir quelle conclusion on doit tirer du fait que le défendeur ne peut prouver qu'il a dissipé le prix par lui reçu. Si on peut raisonnablement en conclure que c'est parce qu'effectivement il ne l'a pas dissipé, la reprise, par l'effet de la subrogation réelle selon le système proposé par Demolombe au sujet de l'article 132 du Code civil, correspond à une réalité. Si, au contraire, le défendeur ne fait pas sa preuve, parce qu'il n'arrive pas à identifier la valeur reçue puis dissipée en raison de la confusion régnant entre tous les deniers qu'il détient, on ne peut tirer, de ce fait, aucune conclusion précise, et le doute subsiste sur l'identité de la valeur reçue : il faut alors renoncer à toute idée de subrogation réelle. Or, il est clair que l'admissibilité de l'une ou de l'autre de ces deux conclusions dépend des possibilités pratiques et réelles dont le défendeur dispose d'identifier la valeur qu'il a dissipée, si toutefois il l'a fait. Si, a l'instar de Demolombe, on lui réserve théoriquement le droit de se soustraire à la revendication par la preuve de la dissipation, alors qu'il lui est pratiquement impossible d'administrer une telle preuve en raison de la confusion qui existe fatalement entre tous les deniers d'un patrimoine, on arrive, en pratique, à faire de la présomption de non-dissipation une présomption irréfragable. Elle n'est plus fondée, car elle conduit à laisser le demandeur reprendre une valeur qui peut très bien avoir été dissipée en fait. C'est pour éviter un tel résultat qu'on a mis la preuve de l'identité à la charge du défendeur (233). Encore faut-il que, sous le bénéfice de ce renversement, on arrive à un résultat correspondant aux réalités pratiques, c'est-à-dire que le défendeur, qui ne peut prouver précisément qu'il a dissipé la valeur même qu'il a reçue, ne se soit pas trouvé dans des circonstances où une preuve était pratiquement impossible. En effet, on ne pourrait alors raisonnablement tirer, de l'absence de preuve du défendeur, la certitude que la valeur reçue se trouve encore entre ses mains.

Ainsi apparaît, sous toutes ces incidences, la question de savoir quand et comment le défendeur peut efficacement prouver l'identité de la valeur qu'il a dissipée, à supposer qu'il l'ait fait.

A cette question, la réponse générale ne peut faire de doute. Une somme d'argent étant reçue par le possesseur se confond toujours, inévitablement, avec les deniers personnels de celui-ci. Cette confusion est inévitable et c'est précisément ce qui, par définition, caractérise la chose de genre. Le genre et l'individualisation relèvent de deux no-

(233) Cf. *supra*, N[os] 341 et suivants.

tions antinomiques, et tel est bien le sens, en matière de droits de créances, de la règle *genera non pereunt*. Les genres ne peuvent périr, car on ne peut les individualiser. Or, telle doit être la règle générale. Dans la très grande majorité des cas, le défendeur pourra bien prouver *une* dissipation, mais non précisément celle de la somme qu'il a reçue comme contre-valeur du bien qu'il faut céder. Demolombe peut bien permettre, par exemple, à l'envoyé en possession des biens de l'absent d'échapper à la revendication de ce dernier en fournissant « tous renseignements et justifications » propres à établir qu'il a dissipé le prix des biens par lui vendus (234). Cette faculté ne peut être, le plus souvent, que théorique. L'envoyé, comme tout possesseur, pourra établir une dissipation, mais non précisément celle du prix qu'il aura reçu (235). Une déclaration d'emploi, à supposer qu'elle ait existé dans l'acte de dissipation (ce qui, d'ailleurs, ne se produit pratiquement jamais), ne lui serait d'aucun secours, pour les raisons que nous avons indiquées (*supra*, N^os^ 396 et suiv).

Quant aux présomptions tirées par le juge des circonstances, si elles sont certainement admissibles, puisqu'il s'agit de prouver un simple fait, elles ne seront pratiquement jamais assez précises pour établir l'identité. Un rapprochement de dates, par exemple entre l'encaissement du prix et la dissipation, ne pourrait emporter la conviction (236). Pratiquement, cette preuve est, dans les hypothèses normales, impossible. Le défendeur ne peut jamais prouver qu'une dissipation, sans parvenir à l'identifier.

Dans ces conditions, aucune raison ne justifie de rattacher cette dissipation à la valeur possédée davantage qu'au reste du patrimoine du possesseur. Dès lors, deux solutions sont possibles. La première consiste à libérer le défendeur par la simple preuve d'une dissipation quelconque. Cette solution est inadmissible et personne ne la soutient. Ce serait faire supporter au revendiquant des pertes qui peuvent tout aussi bien concerner le patrimoine du possesseur. La seconde solution consiste, sans tenir compte de la dissipation non identifiée, à faire restituer purement et simplement au demandeur le montant du prix de son bien. Mais on renonce alors à fonder la restitution sur la certitude que la valeur reçue n'a pas été dissipée. Rien, en effet, ne permet d'affirmer que la valeur dissipée n'était pas celle constituée par le prix du bien du demandeur. Le fait que le défendeur n'a

(234) Demolombe, II, N° 172.

(235) Hypothèse assez rare. Si l'envoyé a déposé le prix à un compte spécial qui ne comporterait que ce dépôt, il ne pourrait prouver que le *retrait* de ce compte ; mais le problème se reposerait dans les mêmes termes pour identifier la dissipation.

(236) Cf. *supra*, N° 398 texte et note (208).

pas prouvé l'identité de la valeur dissipée n'autorise pas une telle conclusion.

La réalité est qu'il est devenu impossible de retrouver la valeur reçue et, par conséquent, on ne peut savoir si c'est elle qui a péri. La règle *genera non pereunt* traduit exactement cette réalité. Aussi doit-on l'admettre sans exiger de personne une preuve d'identité. Mais alors le demandeur n'est plus un revendiquant, c'est un créancier pur et simple. Et *il faut renoncer à toute idée de subrogation réelle* (237). Ainsi, l'étude de l'administration de la preuve de l'identité met en lumière une conclusion que nous avons dû réserver jusqu'ici : *la subrogation réelle sur des genres, théoriquement concevable dans les conditions que nous avons établies* (*supra*, N° 312), *se révèle, en pratique, généralement impossible et ne peut fonctionner que dans des hypothèses particulières.*

406. — La subrogation réelle, dans la conception la plus large de son objet, ne permettant la reprise du prix que si celui-ci n'a pas été dissipé, ces hypothèses doivent avoir un trait commun. Il faut qu'en l'absence de toute preuve positive d'identité, fournie par l'une quelconque des parties, on soit néanmoins certain que le défendeur détient toujours la valeur qu'il a reçue. Nous ne pouvons donner ici que des exemples de ces hypothèses.

Il en est ainsi, d'abord, lorsque la gestion du possesseur ou du détenteur défendeur est étroitement contrôlée. Le syndic de faillite, par exemple, ne peut manipuler les deniers pour le compte de la faillite que sous l'étroite surveillance du juge commissaire. Toute somme reçue doit être, dans les trois jours, déposée à la Caisse des Dépôts et Consignations et elle ne peut en être retirée que sur l'autorisation du même juge et pour la fin qu'il autorise (article 449 du Code de commerce). Dans de telles conditions, le syndic peut disposer de moyens plus sûrs pour convaincre éventuellement les juges de l'emploi qu'il a fait subir au prix d'un bien du failli. Peut-être même, un rapprochement de dates, généralement insuffisant, aurait-il, dans de telles circonstances, une signification plus précise. Si, malgré ces plus grandes facilités, le syndic ne parvient pas à rassembler des présomptions suffisamment précises et concordantes pour convaincre qu'il a employé le prix qu'il a reçu, surtout si ce prix était la seule valeur par lui reçue, déposée, puis retirée pour le compte de la faillite, on est en droit de conclure, de cette absence de

---

(237) L'exclusion de la règle *genera non pereunt* et la certitude que le prix n'a pas été dissipé sont, en effet, les conditions ultimes mais irréductibles imposées par la notion de subrogation réelle, cf. *supra*, N° 312.

preuve, qu'il détient encore ce prix. Alors, une revendication intentée contre lui, en vertu de l'article 575, al. 2, du code de commerce, pourrait porter sur le prix de vente, à supposer qu'on admette que le règlement du prix au syndic ne fasse pas obstacle à ladite revendication (238). Une autre hypothèse, plus générale, se trouve réalisée lorsque le défendeur n'établit l'existence d'aucune dissipation pouvant correspondre à la somme qu'il a reçue. Il est certain que cette hypothèse est irréalisable pratiquement, si on voit, dans la succession des dépenses courantes que tout individu accomplit inévitablement, une dissipation totale susceptible d'absorber la valeur reçue par le défendeur. Mais il faut remarquer que ces dépenses courantes s'imputent, généralement, sur les revenus personnels au possesseur et non sur un capital comme celui représenté par le prix d'un bien. Dès lors, à moins que le défendeur ait vécu sur ce capital, les dépenses courantes dont il peut faire état, ne doivent pas être considérées comme ayant consommé la dissipation du capital reçu. Seules, des dépenses particulières et hors de proportion avec les revenus habituels du défendeur doivent être retenues. Si le défendeur n'établit l'existence d'aucune dépense de ce genre, on peut être certain qu'il n'a pas dissipé le prix par lui reçu.

Dans de tels cas, la subrogation réelle est, théoriquement et pratiquement, admissible. Encore convient-il de rappeler que les exigences de l'individualisation de la valeur marquent un fléchissement certain (239). La reprise, par l'effet de la subrogation réelle, repose seulement sur le fait que la valeur reçue par le défendeur peut être considérée comme se trouvant encore entre ses mains. Cette condition traduit, certes, un souci d'identité puisque si cette valeur a été dissipée, la reprise n'a pas lieu. Mais la présence de la valeur, dans les mains du défendeur, n'entraîne pas pour autant la certitude que c'est bien elle que le demandeur reprend. Cette identité positive est impossible parce que tous les deniers sont nécessairement confondus entre les mains du défendeur. Toutes les valeurs simplement exprimées en argent sont nécessairement fongibles entre elles ; et le demandeur ne peut jamais reprendre qu'une somme égale au montant du prix de son bien. Là est la lacune d'une telle subrogation et elle explique les réserves que nous avons faites à son sujet, sans toutefois la condamner, car elle demeure très désirable : il est toujours regrettable de faire cesser un mode

(238) Rappelons qu'un arrêt de la Cour de Cassation du 28 juillet 1941 semble admettre dans ses motifs cette revendication ; mais elle aurait porté, en réalité, très vraisemblablement sur la *créance* contre la Caisse des Dépôts et Consignations, cf. *supra*, N° 344.

(239) Cf. *supra*, N° 312.

justifié d'appréhension, sous la poussée de circonstances purement matérielles et aveugles. Dans toute la mesure du possible, il faut s'efforcer d'éviter une telle carence et de maintenir le mode d'appréhension originaire. Cette mesure du possible peut paraître donnée, dans les hypothèses étudiées, par l'exclusion de la règle *genera non pereunt* et la certitude que la valeur reçue, individuellement considérée, se trouve encore dans les mains du défendeur. Cette certitude réduit, de toute façon, la solution à des situations particulières et exceptionnelles, dont nous venons de donner des exemples, du reste non confirmés avec précision par le droit positif (240). Et il reste que, sur le plan théorique, la subrogation n'est alors que *tolérable,* car la notion même de son objet se trouve obscurcie.

Cette lacune ne disparaîtrait que dans une seule hypothèse : celle où la valeur reçue par le possesseur serait *la seule* représentée entre ses mains par des deniers. Alors, on serait évidemment sûr, non seulement qu'en l'absence de preuve d'une dissipation cette valeur se trouve encore entre les mains du défendeur, mais aussi que c'est bien elle que le demandeur reprend puisqu'il ne peut, par hypothèse même, en reprendre une autre ! Mais comme on ne peut mettre la preuve de cette circonstance très particulière à la charge du demandeur, il faudrait supposer qu'elle soit établie par les circonstances mêmes. Il s'agit alors d'une hypothèse d'école.

CONCLUSION

407. — La preuve de la contre-valeur met en lumière un caractère fondamental de la subrogation réelle ; celle-ci ne forme pas, en droit positif, une théorie indépendante et unitaire. Il s'ensuit qu'elle n'impose pas ses règles propres, adaptées aux exigences particulières de son fonctionnement. Ce fait se traduit éloquemment lorsqu'il s'agit de prouver l'existence de la contre-valeur. Le droit commun s'applique alors, et nous avons pu apprécier sa trop fréquente insuffisance.

Cette lacune est grave, car l'efficacité de la subrogation réelle s'en trouve affectée.

La subrogation réelle a pour résultat et pour rôle de maintenir une valeur individualisée, comme objet d'un droit déterminé. Elle oblige donc à dégager cette individualisation, dans laquelle la provenance occupe une place maîtresse. Le rôle de la subrogation réelle se trouve donc gravement

(240) Cf. *supra,* N[os] 309 et suivants.

compromis si cette preuve n'offre pas des garanties suffisantes.

C'est pour créer ces garanties que le législateur a imposé les formalités prévues par l'article 1434 du Code civil, sous le régime de communauté, où le souci de conservation des valeurs dans les masses de biens en présence est particulièrement impérieux. Mais ce texte, très satisfaisant dans l'hypothèse qu'il vise, ne saurait être étendu. L'opinion soutenue par M. Henry sur ce point (241) paraît inadmissible. Outre qu'on ne saurait, dans le silence de la loi, imposer la preuve d'un fait par écrit, l'utilisation simplement facultative d'une déclaration de remploi ne pourrait, en toute hypothèse, être utilisée par celui qui l'a faite. Et si elle doit être invoquée *contre* son propre auteur, comment en préconiser l'extension ? Du reste, la subrogation réelle n'est généralement invoquée qu'après la fluctuation, et c'est à l'occasion de cette dernière que la déclaration devrait intervenir. Comment alors en généraliser l'emploi à un moment où nul ne songe, le plus souvent, à une subrogation éventuelle et alors que cette subrogation peut naître à propos de toute fluctuation ?

Il faut donc conclure que l'émancipation positive de la subrogation réelle, sur ce point, n'est pas possible. La lacune est inévitable, imposée par la multiplicité même des hypothèses où la subrogation est appelée à fonctionner. Cette conclusion ne doit pas surprendre. Si une pratique, plusieurs fois séculaire, n'est pas parvenue à perfectionner un procédé qu'elle a largement utilisé, ce n'est certes pas parce que ce perfectionnement n'était pas souhaitable. La réserve marquée à l'égard de la subrogation dite au second degré prouve assez l'utilité que présenterait un système de preuve offrant de sérieuses garanties (242). Si ces garanties sont toujours absentes, c'est parce qu'elles ne pouvaient être créées sur un plan général, en raison même de la variété des hypothèses où la subrogation peut avoir à jouer. Et il ne paraît pas possible de proposer, *de lege ferenda,* un système que la pratique n'est pas parvenue à organiser. Souhaiter que des déclarations de remploi existent dans tous les cas où elles peuvent servir, demeure un vœu sans aucune portée constructive. La subordination de la subrogation réelle à la technique juridique habituelle se manifeste donc, ici, dans toute sa plénitude.

Elle marque davantage encore le problème posé par la réalisation de la subrogation réelle, dont elle constitue, selon nous, le thème fondamental et qu'il nous faut maintenant aborder.

---

(241) Henry, thèse, pp. 140 à 142.
(242) Cf. *supra,* N° 357.

FIN

DU TOME I

IMPRIMERIE BACONNIER,
ALGER, DEPOT LEGAL 1-1954.